

LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I OFFENTLIGE KONTRAKTER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 694

Leveringsfrist: 25. april 2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17074 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven/problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Begrepsavklaringer	2
1.4	Fremstillingen videre	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET I EØS-RETTEN</u>	<u>6</u>
2.1	Generelt om EØS-avtalen	6
2.1.1	Sekundærlovgivning	7
2.1.2	Det indre marked	8
2.2	EØS-avtalens art. 36 om fri flyt av tjenester	9
2.2.1	Tjenestebegrepet	9
2.2.2	Grenseoverskridende element	10
2.2.3	Diskriminerings- og restriksjonsforbud	11
2.3	Unntak fra art. 36	12
2.3.1	Lovfestede unntak etter art. 39 jfr. art. 33	13
2.3.2	Ulovfestede unntak – læren om allmenne hensyn	13
2.4	Fremstillingen videre	16
2.5	EU-direktiv 96/71	16
2.6	EU-direktiv 2004/18	20
<u>3</u>	<u>ILO-KONVENSJON NR. 94</u>	<u>21</u>

3.1	Bakgrunn og formål	21
3.2	Lønns- og arbeidsvilkår	22
<u>4</u>	<u>DEN NORSKE RETTSKILDESITUASJONEN</u>	<u>24</u>
4.1	Lov om offentlige anskaffelser	25
4.2	Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter	26
4.2.1	”Gjeldende landsomfattende tariffavtale”	28
4.2.2	”(…) det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”	29
4.2.3	Terskelverdier – hvilke kontrakter forskriften gjelder for	30
4.3	Lov om allmenngjøring av tariffavtaler	30
4.3.1	Bakgrunn	30
4.3.2	Tariffnemda	32
4.3.3	Vilkår for allmenngjøring	32
4.4	Forskrift om utsendte arbeidstakere	33
4.4.1	Bakgrunn	33
4.4.2	Formål og virkeområde	33
4.4.3	Minimumsrettigheter etter forskriften	34
<u>5</u>	<u>DEN VIDERE FREMSTILLING</u>	<u>35</u>
<u>6</u>	<u>FORHOLDET MELLOM EØS ART. 36 OG DEN NORSKE FORSKRIFTEN OM LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I OFFENTLIGE KONTRAKTER</u>	<u>36</u>
6.1	Problemet	36
6.2	<i>Rüffert</i>-saken og dens relevans	36
6.3	Restriksjon?	39
6.4	Rettmessig restriksjon?	40
6.4.1	Begrunnet i relevant hensyn?	41
6.4.2	Egnet til å nå dette hensynet?	45

6.4.3	Proporsjonalitetsvurderingen	47
6.4.4	Ivaretas hensynet av regler i hjemstaten?	50
6.5	Oppsummering	51
<u>7</u>	<u>PROBLEMSTILLINGER I FORHOLDET TIL DIREKTIV 96/71</u>	<u>52</u>
7.1	Minimumslønn	52
7.2	Vilkåret ”gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke ”	53
7.3	Oppsummering	54
<u>8</u>	<u>ILO-KONVENSJON NR. 94 VS. EØS-RETTLIGE FORPLIKTELSER</u>	<u>56</u>
8.1	Generelt om ILO-konvensjoner som rettskilder	56
8.2	Kollisjonstilfellet – motstrid mellom to ulike folkerettslige forpliktelser	57
8.2.1	Foreligger motstrid?	58
8.2.2	Hvordan løse motstridsspørsmålet?	59
<u>9</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>64</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven/problemstilling

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) sendte 15. juli 2009 en formell varsling i brevs form til den norske regjeringen der det slås fast at Norge ikke har overholdt sine forpliktelser i henhold til EØS-avtalen¹.

Bemerkningene skriver seg til den forholdsvis nylig innførte forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter², såkalt sosial dumping. I følge ESA er problemet med forskriften todelt. For det første mener ESA at deler av innholdet bryter med EØS-avtalens art. 36 om fri flyt av tjenester. For det andre er det problematisk at forskriften delvis gjennomfører Direktiv 96/71 EC (posting of workers), men at forskriftens regler ikke er i samsvar med direktivets regler.

Bakgrunnen for innføring av selve forskriften, og dens lovhjemmel, er ILO-konvensjon nr. 94³. Norge ratifiserte konvensjonen allerede i 1996⁴, men da konvensjonen kun setter vilkår om slike arbeidsklausuler i statlige kontrakter nøyde man seg den gang med å gjennomføre konvensjonen i rundskrivs form⁵. Arbeidsklausulene kan etter konvensjonen for eksempel være lønn og arbeidstid⁶. Reglene ble imidlertid gjort frivillige for andre offentlige organer, i tråd med konvensjonens innhold.

¹ ESAs Letter of Formal Notice, datert 15. juli 2009

² Forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

³ ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter

⁴ <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C094>

⁵ NOU 1997: 21 pkt. 10.5.3.

⁶ ILO-konvensjon nr. 94 art. 2 nr. 1

Blant annet med den siste EU-utvidelse så man viktigheten av behovet for slike klausuler for å bekjempe sosial dumping, og regjeringen ytret ønske om å utvide virkeområdet til å gjelde alle offentlige organer. I 2008 ble forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter opprettet. Forskriften er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser⁷.

Temaet for denne oppgaven er hvilke problemer forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan utgjøre i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-retten. En del av oppgaven vil også dreie seg om kollisjonstilfellet som oppstår når Norge oppfyller sine folkerettslige forpliktelser etter en konvensjon, og hva som da blir situasjonen når det viser seg at dennes innhold kan være i strid med våre folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen.

1.2 Avgrensninger

Jeg vil for det første avgrense oppgaven mot konkurransereglene, dog er det enkelte steder ikke til å komme utenom konkurranserettslige betraktninger i vurderinger som blir tatt⁸. Videre avgrenses det mot andre deler av regelverket for offentlige anskaffelser enn de som behandles her. Eksempelvis vil jeg ikke komme inn på klassiske anskaffelsesrettslige spørsmål eller vurderinger, med mindre synspunktene kan være av betydning for oppgavens problemstilling. Samtidig gjøres det oppmerksom på at det i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er tre hovedbestemmelser, og at det kun er én av disse som er relevant for oppgaven. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4.2.

1.3 Begrepsavklaringer

Det vil være enkelte steder i oppgaven der det er nødvendig å bruke begreper som ikke nødvendigvis har fast definisjon. Der det skrives om offentlige organer vil dette i all hovedsak dreie seg om organer for stat, kommune og fylkeskommune, i tillegg til andre

⁷ Se lov om offentlige anskaffelser av 27. November 1999 nr. 116 § 11a . Se også oppgavens kapittel 4.1

⁸ Se for eksempel drøftelsen der markedsadgang er sentralt i kapittel 6.3

organer som utøver offentligrettslig myndighet. Dette er i tråd med det personelle virkeområdet til både forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og lov om offentlige anskaffelser § 2. Dette er i tråd med det personelle virkeområdet for forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jfr. forskriftens § 3.

Når det kommer til sosial dumping som begrep er det ikke knyttet rettslige virkninger til begrepet som sådant. I juridisk teori har Evju kritisert begrepet for at det ”mangler presisjon og innholdsmessig klarhet”⁹. Som et utgangspunkt kan man kanskje definere sosial dumping som utslag av ulikheter i staters lønns- og arbeidsvilkår, som blir tydeliggjort når virksomheter utfører for eksempel tjenester i andre stater enn sin hjemstat¹⁰.

1.4 Fremstillingen videre

Oppgavens tema og problemstilling er som redegjort for i kapittel 1.1 todelt. Den første vurderingen er forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, og spørsmål som oppstår i forholdet til EØS-retten. Den andre vurderingen er kollisjonstilfellet som oppstår når Norge har gjennomført to folkerettslige forpliktelser og det er motstrid mellom disse.

Før jeg tar fatt på disse vurderingene vil jeg gjøre rede for de regelverk som er relevant for oppgavens problemstillinger. Først vil jeg se på EØS-retten, med hovedvekt på EØS-avtalens art. 36 og dennes unntak, i tillegg til relevant sekundærlovgivning i form av to EU-direktiver (kapittel 2). Dette er relevant fordi forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan utgjøre en restriksjon på den frie bevegeligheten av tjenester. Viser det seg at dette er tilfellet må forskriften vurderes opp mot unntakene fra art. 36, og det er da de ulovfestede unntakene som vil være aktuelle. For å kunne gjøre disse

⁹ Evju (2008) s. 2

¹⁰ Evju (2008) definerer ikke begrepet nøyaktig slik, men er klart til inspirasjon ved denne tolkningen

drøftelsene mest mulig sammenhengende, velger jeg først å presentere innholdet i art. 36 og unntakslæren for seg, for så å ta fatt på selve vurderingen i kapittel 6.

EU-direktivene er bakgrunnen for innføring av forskrift om utsendte arbeidstakere¹¹ og forskrift om offentlige anskaffelser¹². I forholdet til direktiv 96/71 (posting of workers) er det spørsmål om Norge ved innføringen av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ikke gjennomfører EØS-retten korrekt. Som i drøftelsen av EØS art. 36 ser jeg det også her mest fornuftig å først gjøre rede for teorien, før drøftelsen blir gjort mot det norske regelverket i kapittel 7.

Videre vil jeg i kapittel 3 gjøre rede for ILO-konvensjon nr. 94 og om dennes innhold. Konvensjonen er bakgrunnen for den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår. I kapittel 8 vurderes de spørsmål som dukker opp når det oppstår motstrid mellom gjennomføringen av to folkerettslige forpliktelser (her: EØS-avtalen og ILO-konvensjon nr. 94).

I kapittel 4 gjøres det rede for den norske rettskildesituasjonen. Denne er tidvis svært komplisert, og jeg presenterer dette kort: Det er enkelte regelverk som gjelder uavhengig av hvem som er oppdragsgiver og hvem som er tjenesteyter, for eksempel lov om allmenngjøring av tariffavtaler. Videre er det regelverk som kun gjelder der det offentlige er oppdragsgiver, mens det i utgangspunktet ikke er avgjørende hvorvidt tjenesteyter er norsk eller utenlandsk (for eksempel forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter). Atter andre regelverk tar ikke hensyn til om oppdragsgiveren er offentlig eller privat, men tjenesteyteren må være utenlandsk for å falle inn under virkeområdet. Et eksempel på sistnevnte type regelverk er forskrift om utsendte arbeidstakere. Den norske rettskildesituasjonen vurderes opp mot EØS art. 36 og dennes unntak i kapittel 6, og i kapittel 7 vurderes de norske regelverkene opp mot direktiv 96/71. Oppgavens struktur er

¹¹ Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere

¹² Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

altså etter dette bygget opp slik at jeg først gjør rede for reglene, for deretter å vurdere regelverkene mot hverandre i de senere kapitler.

2 Rettskildebildet i EØS-retten

2.1 Generelt om EØS-avtalen

Norge undertegnet 2. mai 1992 i likhet med de resterende EFTA-landene¹³ EØS-avtalen. Målet med avtalen var å sikre EFTA-landene, inkludert Norge, innpass på det indre markedet i EF (senere EU), uten å tegne fullt EF-medlemskap. Gjennom denne folkerettslige avtalen forpliktet Norge seg til å innføre EFs regelverk for det indre marked, og særlig reglene om de fire friheter¹⁴, i tillegg til konkurransereglene¹⁵.

I Norge bygges det på det dualistiske prinsipp¹⁶, og folkerettslige forpliktelser kreves særskilt gjennomført. Ratifikasjonen som sådan utløser dermed ikke rettsvirkninger innad i Norge, og avtalen går gjennom normal lovbehandling i Stortinget for at den blir gjort til norsk lov. EØS-avtalen ble godkjent av Stortinget etter grunnloven § 93 oktober samme år¹⁷, gjennom lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven).

¹³ Frihandelsorganisasjonen EFTA (European Free Trade Association) var ment som et løsere alternativ til EF, men da EØS-forhandlingene startet, tok imidlertid flere av landene skrittet ut og startet arbeidet med fullt medlemskap i EF i stedet. Sveits undertegnet ikke, og er fortsatt ikke tilsluttet EØS-avtalen. For mer om EFTA se *EØS-rett* (2004) s. 31 flg.

¹⁴ *EØS-rett* (2004) s. 33

¹⁵ Konkurransereglene behandles ikke i oppgaven. Se bl.a. *EØS-rett* (2004) s. 468 flg.

¹⁶ Motsetningsvis det monistiske prinsippet der folkerettslige forpliktelser som sådan øyeblikkelig er rettslig bindende, se *EØS-rett* (2004) s. 185

¹⁷ *EØS-rett* (2004) s. 34

2.1.1 Sekundærlovgivning

For denne oppgaven er det imidlertid ikke utelukkende EØS-avtalen alene som er det relevante rettsgrunnlaget. Etterfølgende sekundærlovgivning kreves også gjennomført, og disse vil i like stor grad være relevante for oppgavens problemstilling.

I tråd med rettsutviklingen ser man også på EØS-rettens område behov for å oppdatere, utdype, videreføre eller spesialisere regelverket. Dette kan gjøres gjennom forordninger eller direktiver som i EU direkte vil gjelde for medlemsstatene. For folkerettslige forpliktelser er utgangspunktet imidlertid ikke det samme. Skal slike endringer foretas kreves reforhandling av selve forpliktelsesgrunnlaget.

EØS-avtalen kan sies å være i en slags mellomposisjon, da det ikke kreves reforhandlinger så lenge endringene er innenfor de rettsområder som allerede er omfattet. Det er også et grunnleggende prinsipp ved EØS-retten at den skal være gjenstand for en dynamisk og ensartet rettsutvikling i tråd med EU-retten¹⁸.

På denne bakgrunn er det altså ikke bare EØS-avtalen slik den fremsto i 1992 som er bindende for Norge. Forordninger og direktiver som er innenfor de omfattede rettsområder som har oppstått i ettertiden, er Norge i utgangspunktet forpliktet til å gjennomføre¹⁹. Det nevnes kort at ny sekundærlovgivning først vedtas i EU for deretter å bli inntatt i EØS-avtalen. I tråd med det dualistiske prinsipp gjennomføres disse til sist særskilt i norsk rett av lovgiver før sekundærlovgivningen anses som gjeldende rett også i Norge.²⁰

¹⁸ *EØS-rett* (2004) s. 177

¹⁹ Det avgrenses her mot EFTA-statenes vetorett og andre muligheter til å nekte gjennomføring av nye forordninger eller direktiver da dette ikke er av betydning for oppgavens helhet

²⁰ Det avgrenses mot å ta opp ulike gjennomføringsmetoder og virkninger av at sekundærlovgivning ikke er korrekt gjennomført

Det er EØS-komitéen som normalt besørger gjennomføringen av ny sekundærlovgivning, jfr. EØS art. 102. Forutsetningsvis godtar art. 103 at forfatningsrettslige krav i de enkelte EFTA-stater må være oppfylt før komitéens oppslutning er bindende.

2.1.2 Det indre marked

Med det indre marked menes et felles marked for de tilsluttede land som skal virke slikt et nasjonalt marked fungerer. I dette ligger det særlig to forutsetninger. Først og fremst skal det ikke skapes kunstige hindringer for økonomiske transaksjoner, og alle aktører i markedet skal kunne konkurrere på like vilkår, uavhengig statsborgerskap.²¹

Hovedhensynet bak reglene som ble innført er først og fremst ikke-diskrimineringsprinsippet²², eller forbudet mot forskjellsbehandling på bakgrunn av statsborgerskap, jfr. bl. a. EØS art. 4. For Norges vedkommende vil dette si at for eksempel tjenestetilbydere fra andre EU- og EØS-land skal kunne konkurrere på samme grunnlag som norske tilbydere i det norske markedet.

Det er fire hovedområder som er regulert i EØS-avtalen for å sikre reell tilgang til det indre marked (i tillegg til konkurransereglene). Disse omtales, om enn noe upresist, som de fire friheter, og omfatter fri bevegelse av varer, tjenester, personer²³ og kapital.²⁴

For denne oppgavens del er det reglene om fri bevegelse av tjenester som er aktuelle. Hovedreglene finnes i EØS-avtalens art. 36, art. 37 og art. 39 jfr. art. 33. I tillegg finnes aktuell sekundærlovgivning i form av EU-direktiver, som er gjennomført i norsk rett i tråd

²¹ EØS-rett (2004) s. 58

²² EØS-rett (2004) s. 263 flg.

²³ Fri bevegelse av personer er knyttet til både *etableringsfriheten* og *bevegelse av arbeidskraft*. Se EØS-rett (2004) s. 260.

²⁴ Ibid.

med prinsippet om dynamisk og ensartet rettsutvikling innen EØS-området. Hovedinnholdet i disse reglene er temaet for den neste delen av oppgaven.

2.2 EØS-avtalens art. 36 om fri flyt av tjenester

EØS-avtalens art. 36 forbyr restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium. Forbudet gjelder for statsborgere i en EF²⁵- eller EFTA-stat²⁶ som er etablert i en annen EF- eller EFTA-stat, enn tjenesteytelsens mottager. Eksempelsvis betyr dette at det ikke skal legges restriksjoner på adgangen tjenesteyter A (etablert i Norge) har til å yte tjenester til virksomhet B i et annet medlemsland. B er ikke nødvendigvis etablert i det medlemslandet tjenesten ytes, selv om dette ofte er tilfellet.

For oppgavens del har EØS-avtalens art. 36 relevans fordi det kan være et spørsmål om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan utgjøre en slik forbudt restriksjon på den frie bevegelsen av tjenester²⁷. Dette er tema i oppgavens kapittel 6.

2.2.1 Tjenestebegrepet

EØS-avtalens art. 37 definerer tjenestebegrepet nærmere. I bestemmelsens første ledd avgrenses det negativt mot de andre frihetene i EØS-avtalen. Det slås fast at de her relevante tjenester er de som ytes mot betaling, og som ikke faller ”inn under bestemmelser om det frie varebytte og den frie bevegelse for kapital og personer”. Dette tilsier at all aktivitet som utføres mot betaling faller inn under bestemmelsen, så lenge den ikke omfattes av en av de andre frihetene²⁸.

²⁵ Pr. EØS-avtalens inngåelsestidspunkt ble medlemsstatene omtalt som EF-stater, og ikke EU-stater. \

²⁶ EFTA-stater er de stater som er tilsluttet EØS-avtalen som ikke er EU-medlemmer

²⁷ Se oppgavens kapittel 6

²⁸ *EØS-rett* (2004) s. 430.

Andre ledd følger opp og angir positivt de ytelser som i alle fall skal regnes som tjenester: ”industriell virksomhet” etter litra a, ”handelsvirksomhet” etter litra b, ”håndverksvirksomhet” etter litra c, og til sist ”virksomhet innen de frie yrker”, litra d. Ytelser som typisk vil falle inn under tjenestebegrepet er for eksempel alle former for entreprise, tømrerarbeid, fjernsynssendinger, advokattjenester og bank- og forsikringsvirksomhet.

Undertiden kan det skje at det være vanskelig å klassifisere ytelsen som enten vare eller tjeneste. Slike tilfeller må da løses konkret. Imidlertid er reglene for det frie varebyttet og den frie bevegeligheten for tjenester utformet nokså likt, og en slik sonndring vil sjelden ha betydning – i alle fall ikke for oppgavens problemstilling.

2.2.2 Grenseoverskridende element

Reglene gjelder ikke for tjenester som er begrenset til en EØS-stat alene; det kreves med andre ord et grenseoverskridende element for at reglene i EØS-avtalen skal tre inn²⁹. Det må dermed avgrenses mot andre typetilfeller. For det første faller ytelser som kun er knyttet til én EØS-stat utenfor. Situasjonen der en tjenesteyter etablert i Norge leverer tjenester til en tjenestemottaker som også er etablert i Norge er ikke regulert av EØS-avtalens regler om tjenester. Det samme gjelder situasjonen der tjenesten ytes mellom en EØS-stat og en tredjestat (for eksempel tjenesteyter A etablert i USA leverer fjernsynssendinger til tjenestemottaker B, etablert i Norge).

Hvorvidt tjenesteyteren arbeider fra den staten han selv er etablert i eller fra staten der tjenestemottaker er etablert, er ikke avgjørende. Det er til selve tjenesten det grenseoverskridende elementet knytter seg. For eksempel vil kravet være oppfylt der tjenesteyter som oppholder seg i Norge, ingeniør A, utarbeider forslag til ventilasjon av tjenestemottakeren Bs bygg i Sverige.

²⁹ EØS-rett (2004) s. 435

2.2.3 Diskriminerings- og restriksjonsforbud

EØS-avtalens art. 36 forbyr restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i EØS-statene som er etablert i en annen stat enn tjenestemottakeren³⁰. Art. 37 (2) fastslår videre at en tjenesteyter midlertidig skal kunne utøve sin virksomhet i en annen stat på samme vilkår som vedkommende stats borgere³¹.

Sett i sammenheng fører disse to bestemmelsene til at det for det første er tale om et diskrimineringsforbud, både på grunnlag av statsborgerskap (art. 36) og på grunnlag av etableringssted (art. 37 (2)). Dette forbudet følger opp det mer generelle forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet i EØS-retten, jfr. eks. EØS-avtalens art. 4. Diskrimineringsforbudet gjelder i tillegg til selve tjenesteytelsen, alle andre sider ved den virksomhet som drives. Omfattet er for eksempel markedsføring og leie av lokaler i forbindelse med virksomheten³².

Videre setter også art. 36 opp et restriksjonsforbud, som kan omfatte mer enn det rene diskrimineringsforbudet. EF-domstolen har benyttet denne formuleringen i flere dommer av nyere dato: ”Alle tiltak som gjør tjenesteytelser mellom statene vanskeligere enn tjenesteyting innen én stat, utgjør restriksjoner”³³. Et tiltak som vil utgjøre en restriksjon kan etter dette for eksempel være at EØS-borgere nektes opphold i den staten tjenesten skal utføres. Det følger av rettspraksis fra EF-domstolen at også ikke-diskriminerende hindringer kan utgjøre forbudt atferd, se blant annet Säger³⁴. Med ikke-diskriminerende

³⁰ EØS-rett (2004) s. 439

³¹ Ibid.

³² EØS-rett (2004) s. 441

³³ Jfr. bl.a. Case C-158/96 *Kohll*

³⁴ Jfr. bl.a. Case C-76/90 *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd.*

hindringer menes hindringer der den ulovlige atferden ikke består i at det skilles mellom egne statsborgere og utlendinger. At også ikke-diskriminerende atferd kan utgjøre en restriksjon på friheten til tjenestebevegelse er sentralt for oppgavens problemstilling, og jeg kommer tilbake til dette i kapittel 6.

2.3 Unntak fra art. 36

Unntak fra hovedregelen i art. 36 kan ha to ulike grunnlag, og dersom vilkårene oppfylles vil unntakene gjøre restriksjonen lovlig og rettmessig. Man har de lovfestede unntak etter art. 39 jfr. art. 33 og man har de ulovfestede unntakene. De ulovfestede unntakene er utviklet etter domstolens praksis og omtales som læren om allmenne hensyn. For oppgavens problemstilling er det særlig disse ulovfestede unntakene som vil være av betydning, og dette vil prege vurderingen som gjøres i oppgavens kapittel 6. Imidlertid vil jeg i dette kapitlet også kort komme inn på de lovfestede unntakene.

Hvilket hjemmelsgrunnlag som kommer til anvendelse beror på hvordan den forbudte regelen rammer. Der en regel direkte diskriminerer på bakgrunn av statsborgerskap eller etableringssted, vil kun de lovfestede unntakene komme til anvendelse. Der en regel indirekte diskriminerer eller ikke diskriminerer, men likevel utgjør en restriksjon på den frie bevegelsen av tjenester, vil man være henvist til de ulovfestede unntakene. Tanken bak en slik deling er det grunnleggende ikke-diskrimineringsprinsippet i EU-retten. Jo mer diskriminerende en regel virker, desto større krav vil det stilles til de hensyn som skal begrunne den³⁵.

De lovfestede unntak etter art. 39 jfr. art. 33 kommer etter dette kun til anvendelse der den nasjonale regelen direkte diskriminerer på grunnlag av statsborgerskap og etableringssted.

³⁵ Se *EØS-rett* (2004) s. 457

2.3.1 Lovfestede unntak etter art. 39 jfr. art. 33

For at en restriksjon skal være rettmessig etter art. 39 jfr. art. 33 må den være begrunnet i ”hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen”. Det er ikke tilstrekkelig at den nasjonale regels formelle hensikt er å sikre et av de nevnte hensyn, idet den reelt sett må ivareta offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen.

Eksempelvis vil ikke en generell regel om at tjenester ikke skal tilbys borgere fra andre EØS-stater kunne begrunnes i folkehelsen. Imidlertid kan det diskuteres om en slik regel begrunnet i folkehelsen midlertidig kan utgjøre en lovlig restriksjon i ekstreme tilfeller. Sett at en EØS-stat opplever et stort utbrudd av en meget smittsom alvorlig sykdom, og at Norge midlertidig oppretter forbud mot å slippe inn borgere fra det aktuelle EØS-landet. Her vil man kanskje kunne argumentere for at regelen er begrunnet i hensynet til folkehelsen og dermed ikke utgjør ulovlig diskriminering på grunnlag av statsborgerskap.

2.3.2 Ulovfestede unntak – læren om allmenne hensyn

Det gjøres i det følgende rede for de ulovfestede unntak. Vurderingen om en restriksjon kan falle inn under denne læren er viktig for oppgavens problemstilling, da det kan være spørsmål om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er en restriksjon, og om denne kan unntas etter læren om allmenne hensyn.

De ulovfestede unntakene kommer til anvendelse på regler som ikke formelt skiller etter statsborgerskap eller etableringssted, men likevel virker indirekte diskriminerende ³⁶.

Videre gjelder domstolens lære også dersom en regel verken direkte eller indirekte diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet eller etableringssted, men likevel utgjør en restriksjon på den frie bevegelsen av tjenester³⁷.

³⁶ EØS-rett (2004) s. 448, jfr. også Case C-108/89 *Kommisjonen mot Italia*

³⁷ Jfr. Case C-124/97 *Läära*

Ved de lovfestede unntakene i art. 39 jfr. art 39 er det visse hensyn som anses for å være relevante. Dersom en regel utgjør en restriksjon på den frie bevegeligheten av tjenester, kan denne restriksjonen være lovlig og rettmessig dersom regelen begrunnes i et av de i art. 33 nevnte hensyn.

For de ulovfestede unntakene er det ikke en slik uttømmende liste, men av hensyn domstolen har akseptert finner man blant annet beskyttelse av arbeidstakere³⁸, forbrukere³⁹, miljøet⁴⁰ og ytringsfrihet⁴¹. I tillegg utgjør også hensynene i art. 33 allmenne hensyn, som aksepteres også for de restriksjoner som ikke er direkte diskriminerende, og ikke rammes direkte av art. 39, jfr. 33⁴². Det er for øvrig ikke gitt at det formål lovgiver har angitt er avgjørende. I *Finalarte*⁴³ og *Portugaia Construcoes*⁴⁴ uttalte EF-domstolen at formålet angitt av lovgiver kan være en indikasjon, men det må undersøkes om de aktuelle reglene objektivt fremmer det angitte formålet.

Dersom regelen som utgjør en restriksjon er begrunnet i et relevant hensyn, vurderes det om regelen er egnet til å nå det oppgitte formålet. I praksis vil det nok være sjelden at domstolen kommer til at regelen ikke er egnet til å nå sitt formål, men det kan oppstå situasjoner der regelen for eksempel virker mot sin hensikt eller at regelen antas ikke å ha noen effekt⁴⁵. Imidlertid vil nok dette heller fremstå som rene unntakstilfeller, og dette er nok sjelden et stort vurderingstema.

³⁸ Se bl.a. Case C-272/94 *Guiot*

³⁹ Se bl.a. Case C-410/96 *Ambry*

⁴⁰ Se bl.a. Case C-17/00 *De Coster*

⁴¹ Se bl.a. Case C-288/89 *Gouda*

⁴² *EØS-rett* (2004) s. 451

⁴³ Case C-49/98

⁴⁴ Case C-70/98

⁴⁵ Se *EØS-rett* (2004) s. 453

Videre må regelen vurderes opp mot proporsjonalitetsprinsippet. I dette ligger to vurderinger, der den ene er spørsmålet om det samme resultatet kan oppnås med mindre inngripende midler.

I Arblade⁴⁶ underkjente domstolen en nasjonal regel i Belgia, som stilte krav om at arbeidsgivere måtte opprette et register over arbeidstakere og andre opplysninger om disse i inntil fem år etter at arbeidet i Belgia var avsluttet. Registeret skulle arbeidsgiver oppbevare enten selv eller hos en person i Belgia. Formålet var blant annet å lettere kunne håndheve arbeidstidslovgivningen. Domstolen fant at det ville være tilstrekkelig om slike papirer ble sendt belgiske myndigheter når arbeidsforholdet ble avsluttet⁴⁷.

Det andre spørsmålet i proporsjonalitetsvurderingen er om resultatet står i forhold til inngrepet i den frie bevegelse. I Case C-355/98 *Kommisjonen mot Belgia* kom domstolen til at regelens resultat i den frie bevegelsen var for inngripende til at det kunne forsvares av allmenne hensyn. Her krevde belgiske myndigheter at spesielle former for vektere skulle bære et særskilt identitetskort som skulle være utstedt av innenriksdepartementet. Domstolen kom til at dette tiltaket ville være for inngripende, og viste til at de tjenesteyterne det her var snakk om uansett ville ha pass eller annet identitetskort tilgjengelig, da slikt er nødvendig for å kunne benytte seg av fri bevegelse som innebærer at personer krysser landegrenser.

Hittil har vurderingen klare likhetstrekk med vurderingen som forestas for de andre friheter. Imidlertid har domstolen oppstilt et tilleggsvilkår for tjenester, som i realiteten bare er en presisering av proporsjonalitetsvurderingen. Dog er dette særlig aktuelt for tjenester, og domstolen har derfor formulert dette som et selvstendig krav⁴⁸.

⁴⁶ Case C-369/96

⁴⁷ Se *EØS-rett* (2004) s. 454

⁴⁸ Se *EØS-rett* (2004) s. 453

De hensyn en restriksjon skal beskytte må ikke ivaretas av regler i tjenesteyterens hjemstat⁴⁹. På sin side må hjemstaten akseptere vertsstatens beskyttelsesnivå, samtidig som vertsstaten må vurdere om hjemstatens regelverk kan sies å oppfylle vilkår som vertsstaten har satt. Dersom vertsstaten A har regler om sertifisering av håndverkere, og hjemstaten B har liknende regler om det samme, må vertsstaten A vurdere om en slik sertifisering fra hjemstaten B oppfyller vilkårene også i vertsstat A. Hensynet bak en slik sertifisering må være kvalitetssikring av arbeid, og dersom vilkårene for sertifisering i begge stater er sammenliknbare vil det være en urettmessig restriksjon dersom vertsstat A krever sin egen sertifisering gjennomført.

Dersom man etter dette kommer frem til at restriksjonen oppfyller vilkårene i vurderingen, er restriksjonen rettmessig og regelen kan bli stående uforandret.

2.4 Fremstillingen videre

Oppgavens fokus flyttes nå vekk fra selve EØS-avtalen og over på aktuell sekundærlovgivning. Det er særlig to direktiver som inneholder aktuelle bestemmelser for denne oppgaven, og det avgrenses mot andre deler av direktivene som ikke anses relevant for problemstillingen. Det er først og fremst EU-direktiv 96/71 som vil behandles, samt mindre deler av EU-direktiv 2004/18.

2.5 EU-direktiv 96/71

EU-direktiv 96/71 omhandler såkalt ”posting of workers”, eller utsending av arbeidstakere som er den norske forskriftens⁵⁰ terminologi. Sammenhengen mellom forskrift om utsending av arbeidstakere og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter vil drøftes i oppgavens kapittel 7. For nå påpeker jeg kort at forholdet kan være det at

⁴⁹ Se for eksempel Case C-369/96 *Arblade*

⁵⁰ Forskrift om utsendte arbeidstakere av 16. desember 2005 nr. 1566

forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ikke er korrekt gjennomføring av direktivet.

Direktivet regulerer tilfellet der en arbeidstaker midlertidig utfører arbeid i andre medlemsland enn der han normalt sett arbeider⁵¹. Det er altså ikke arbeidstakerens nasjonalitet som er avgjørende. Videre er pliktsubjektene etter direktivet virksomheten som sender ut arbeidstakere til andre medlemsstater, ikke arbeidstakerne selv. I tillegg har også medlemsstatene selv visse forpliktelser etter direktivet.

Hva gjelder virkeområdet oppstiller direktivet tre ulike situasjoner der regelverket kommer til anvendelse i art. 1. Det er kun et av disse typetilfellene som er relevant i forhold til offentlige anskaffelser, og dermed forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det er situasjonen beskrevet i direktivets art. 1 (3) a:

”This Directive shall apply to (...) [undertakings that] post workers to the territory of a Member State on their account and under their direction, under a contract concluded between the undertaking making the posting and the party for whom the services are intended, operating in that Member State, provided there is an employment relationship between the undertaking making the posting and the worker during the period of posting (...)”

I dette ligger det flere elementer. Direktivet kommer til anvendelse der en virksomhet sender ut arbeidstakere til en medlemsstat, mens virksomheten fortsatt er ansvarlig for arbeidstakerne. Det forutsettes også en tjenestekontrakt mellom virksomheten og tjenestemottakeren i vertsstaten. I tillegg må det foreligge et arbeidsforhold mellom virksomheten og arbeidstakeren for perioden der han er utsendt. Man kan forestille seg Selskap A etablert i Nederland som har fått tilslag på en tjenestekontrakt i Norge for Selskap B. Selskap A sender derfor sine egne arbeidstakere til Norge for å utføre tjenesten. Arbeidstakerne i Selskap A skal kun oppholde seg i Norge mens tjenesten utføres, for deretter å fortsette sitt arbeid for Selskap A i Nederland. I dette eksemplet sender Selskap A

⁵¹ Direktivets art. 2 (1)

arbeidstakere til en medlemsstat (Norge), mens Selskap A fortsatt er ansvarlig for disse. Det foreligger tjenstekontrakt mellom Selskap A og Selskap B, og det er et ordinært arbeidsforhold mellom Selskap A og de utsendte arbeidstakerne.

I direktivet er det særlig art. 3(1) og 3 (8) som er av interesse for oppgavens problemstilling, da disse omhandler arbeidsvilkår og arbeidsforhold.

Art. 3 (1) pålegger medlemsstatene (her: vertsstatene) en plikt til å sikre at virksomhetene garanterer de utsendte arbeidstakerne enkelte av de nasjonalt fastsatte arbeidsvilkår. Dette skal skje uavhengig av hvilket lands lovverk som regulerer arbeidsforholdet som sådan.

Hva som skal anses for å være nasjonale arbeidsvilkår er vilkår fastsatt i:

”- (...) law, regulation or administrative provision, and/or

- (...) collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable within the meaning of paragraph 8, insofar as they concern the activities referred to in the Annex⁵².”

Videre finner man i samme bestemmelse oppramset hva slags typer arbeidsvilkår som arbeidstakerne skal være garantert dersom de finnes i noen av de tidligere oppramsede kildene:

”(a) maximum work periods and minimum rest periods;

(b) minimum paid annual holidays;

(c) the minimum rates of pay, including overtime rates; this point does not apply to supplementary occupational retirement pension schemes;

(...)

(e) health, safety and hygiene at work;

(...)”

⁵² Her er det oppramset 13 ulike aktiviteter som er omfattet av direktivet (eks. alle former for bygningsarbeider, renhold, maling, vedlikehold, installeringer, renoveringer og lignende)

Etter dette skal da utsendte arbeidstakere til Norge fra et annet medlemsland ha norsk minimumslønn, norske overtidsbetingelser, fastsatt arbeidstid som andre norske arbeidstakere osv, dersom slike bestemmelser finnes i lov eller forskrift, jfr. første punkt i art. 3 (1). Videre kan slike bestemmelser alternativt være gitt i tariffavtaler, eller tariffavtaler som har blitt allmenngjort etter art. 3 (8).

I art. 3 (8) er det avklart hva som menes med allmenngjort tariffavtale. Det fremgår her at dette er en tariffavtale som all virksomhet i et gitt geografisk område og i en spesifikk bransje eller et spesifikt yrke er undergitt. Det fremgår også at denne skal være allmenngjort, og det følger også forutsetningsvis av bestemmelsens neste avsnitt, at det skal være et system for slike erklæringer ⁵³.

Bestemmelsen åpner også for løsninger for de stater som ikke har et system for allmenngjøring av tariffavtaler. I slike tilfeller vil medlemsstatene i så fall kunne avgjøre selv om de ønsker å basere seg på opplysninger fra tariffavtaler for liknende virksomheter i det samme geografiske området. Det samme gjelder for kollektive arbeidsavtaler som har blitt inngått mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner på nasjonalt nivå og som kan anvendes i hele medlemsstaten. For Norges vedkommende ville dette kunne bety at dersom LO⁵⁴ og NHO⁵⁵ inngikk en kollektiv arbeidsavtale som gjaldt for alle deres medlemmer, ville Norge (her som ”medlemsstat” etter direktivets terminologi) kunne basere seg på denne når det skulle avgjøres hvilke arbeidsvilkår utsendte arbeidstakere i Norge skulle få.

⁵³ I Norge er bestemmelsen gjennomført ved lov om allmenngjøring av tariffavtaler. Se oppgavens kapittel 3 for dennes sammenheng med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår

⁵⁴ Landsorganisasjonen, Norges største arbeidstakerorganisasjon, se <http://www.lo.no/u/Om-LO/?tabid=131>

⁵⁵ Næringslivets Hovedorganisasjon, Norges største arbeidsgiverorganisasjon, se http://www.nho.no/kort_om_nho/

Imidlertid har Norge et system for allmenngjøring av tariffavtaler som muligens utelukker dette alternativet i art. 3 (8). Lov om allmenngjøring av tariffavtaler⁵⁶ implementerer deler av direktiv 96/71 i norsk lov. I oppgavens kapittel 3.3 gjøres det rede for dette regelverket, og i kapittel 7 vurderes det norske regelverket opp mot direktivet.

2.6 EU-direktiv 2004/18

Dette direktivet er det generelle anskaffelsesregelverket innen EU. Norge har gjennomført direktivet gjennom lov om offentlige anskaffelser⁵⁷ og dens forskrift om offentlige anskaffelser⁵⁸. Loven er riktignok eldre enn EU-direktivet, men er fornyet på de nødvendige punkter slik at Norge nå oppfyller sine forpliktelser etter direktivet. Forskriften er av nyere dato og antas derfor også å være i samsvar med direktivet.

Oppgavens problemstilling berører i liten grad tradisjonelle anskaffelsesspørsmål, så det er kun små deler av direktivet som vil bli tatt opp her.

Art. 26 gir hjemmel for at offentlige organer⁵⁹ kan sette spesielle vilkår for utførelsen av en kontrakt, dersom det er opplyst om disse i ”the contract notice or in the specifications”⁶⁰. Dette forutsetter at vilkårene er i samsvar med EU-retten, og det er særlig sosiale hensyn og miljøhensyn som kan settes som tildelingskriterier. Etter art. 26 må man derfor kunne anta at kontraktsvilkår om for eksempel overtid og spesielle miljøkvalifikasjoner for tjenesteytelsen må kunne settes som forutsetninger for at tjenesteyteren skal kunne bli tildelt kontrakten.

⁵⁶ Lov av 4. juni 1993 nr. 58

⁵⁷ Lov av 16. juli 1999 nr. 69

⁵⁸ Forskrift av 7. april 2006 nr. 402

⁵⁹ Noe upresist. Det menes her de samme subjekter som faller inn under lov om offentlige anskaffelser, se oppgavens kapittel 3.1

⁶⁰ Konkurransesgrunnlaget eller kontraktsvilkårene

3 ILO-konvensjon nr. 94

3.1 Bakgrunn og formål

ILO-konvensjon nr. 94 er bakgrunnen for at Norge innførte forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.⁶¹ Konvensjonen krever imidlertid kun at den gjennomføres for statlige myndigheter, jfr. forutsetningsvis konvensjonen art. 1 annet ledd.

Norge ratifiserte konvensjonen i 1996, og det ble i NOU 1997:21 vurdert dit hen at subjektene som omfattes av konvensjonen er statlige styresmakter som Regjeringen uansett har instruksjonsmyndighet over, og at det derfor ikke er ”nødvendig med lovregulering for å pålegge de aktuelle myndigheter å innta konvensjonens klausuler i sine kontrakter”⁶². Konvensjonen ble derfor i første omgang gjennomført i rundskriv⁶³, og gjaldt for departementene og andre underliggende forvaltningsorganer.

Imidlertid åpner konvensjonen for at den kan gjennomføres også for andre deler av offentlig sektor⁶⁴. I Norge har det vært åpnet for at kommuner kan gjennomføre konvensjonens krav på eget initiativ. Fornyings- og administrasjonsdepartementet skrev i høringsnotatet av 26. mars 2007 at det mener det er ”hensiktsmessig å ha et felles rettslige grunnlag for å gjennomføre ILO-konvensjon nr. 94 både i statlig og kommunal sektor”. Det er selvsagt flere hensyn bak ønsket om å utvide virkeområdet for bestemmelsene, der ønsket om å motvirke sosial dumping i andre sektorer er det viktigste.

⁶¹ For mer om ILO og om ILO-konvensjoner som rettskilde, se kapittel 8.1

⁶² NOU 1997:21 punkt 10.5.3

⁶³ Sist oppdatert som Moderniseringsdepartementets rundskriv nr. 2/2005 av 16. juni 2005

⁶⁴ Art. 1 annet ledd

I Ot.prp.nr 7 (2007-2008) gjøres det også rede for tilbakemeldinger fra de statlige myndighetene som har vært omfattet av bestemmelsene. Tilbakemeldingene er at de fleste har liten eller ingen erfaring i bruk av klausulene fordi få har hatt kontrakter der det har vært aktuelt å ta inn klausulene. Blant de som har brukt dem var det ikke kommet frem betydelige antall av grove avvik⁶⁵. Dette tyder på at det ikke er i disse sektorene de aktuelle kontraktene finnes, og det er heller ikke her problemet med sosial dumping er antatt å være størst.

På bakgrunn av dette fant man at det var hensiktsmessig å utvide virkeområdet til å gjelde alle statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, samt andre offentligrettslige organer. Med dette ble lovhjemmel nødvendig og det ble opprettet forskriftshjemmel i lov om offentlige anskaffelser, og den tilhørende forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Konvensjonens formål er beskyttelse mot sosial dumping, som for de fleste andre av rettskildene i denne fremstillingen. Konvensjonen tar sikte på å bekjempe slik atferd ved at sentrale myndigheter i de tilsluttede stater tar inn klausuler i sine kontrakter om bygge- og anleggsvirksomhet⁶⁶ og i tjenestekontrakter, jfr. konvensjonen art. 1 første ledd.

3.2 Lønns- og arbeidsvilkår

Konvensjonens art. 2 fastsetter de materielle kravene for de aktuelle klausulene. Etter første ledd skal klausulene sikre arbeidstakere ”lønninger (herunder også andre godtgjøringer), arbeidstid og andre arbeidsvilkår som ikke er mindre fordelaktige” enn de som andre arbeidstakere får for ”arbeid av samme slag innen vedkommende fag eller næringsgrein i det distrikt der arbeidet er utført”. Til forskjell fra for eksempel forskrift om utsendte arbeidstakere er ikke forskjellen i selve vilkåret nevneverdig, men konvensjonen retter seg

⁶⁵ s. 8

⁶⁶ Sammenfattet fra konvensjonens art. 1 første ledd litra c

mot alle arbeidstakere, ikke bare utenlandsk arbeidskraft. Det personelle virkeområdet er med dette et annet.

Videre skal slike vilkår være fastsatte ved ”kollektiv avtale eller annen godkjent ordning for forhandling mellom organisasjoner av arbeidsgivere og arbeidere som representerer vesentlige deler av henholdsvis arbeidsgiverne og arbeiderne i vedkommende fag eller næringsgrein i det distrikt arbeidet blir utført”, jfr. art. 2 første ledd litra a. Videre kan vilkårene også være fastsatte ved voldgiftskjennelse etter litra b, eller ved landets lover eller forskrifter etter litra c.

I bestemmelsens annet ledd oppstilles den situasjon at det ikke finnes arbeidsvilkår som er regulert på de i første ledd nevnte måter. Det oppstår da to ulike alternativer. Man kan for det første se på kollektive avtaler eller andre godkjente ordninger for handlinger, voldgift eller ved det landets lover og forskrifter. Videre har man også muligheten til å vurdere ”det alminnelige nivå som andre arbeidsgivere i vedkommende fag eller næringsgrein opprettholder” når virksomheten drives under ellers sammenliknbare forhold.

I oppgavens kapittel 8 vurderes det om ILO-konvensjon nr. 94 ikke er i samsvar med EØS-retten, og hva slags betydning dette har for Norge som er folkerettslig forpliktet etter begge de internasjonale avtalene.

4 Den norske rettskildesituasjonen

Det norske regelverket for lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er komplekst og sammensatt. Det består av flere rettsgrunnlag som regulerer forskjellige deler av rettsområdet, i både forskriftsform og i lovform. Før jeg går videre vil jeg gi en kort innføring for oversiktens skyld.

- Lov om offentlige anskaffelser gir hjemmel til både forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.
- Lov og forskrift om offentlige anskaffelser besørger gjennomføringen av EU-direktiv 2004/18.
- Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er gjennomført med bakgrunn i en annen, ikke EØS-rettslig forpliktelse, nemlig ILO-konvensjon nr. 94 som Norge har ratifisert.
- EU-direktiv 96/71 gjennomføres med forskrift om utsendte arbeidstakere⁶⁷.

I forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter benyttes uttrykket ”gjeldende landsomfattende tariffavtale” og man er ifølge departementet henvist til systemet i lov om allmenngjøring av tariffavtaler⁶⁸. Allmenngjøringsloven utgjør en delvis gjennomføring av EU-direktiv 96/71, selv om loven kom før direktivet. Forskrift om utsendte arbeidstakere er også en delvis gjennomføring av det samme EU-direktivet. Lønns- og arbeidsvilkårsforskriften har et alternativ til der det ikke foreligger allmenngjort tariffavtale, nemlig ”det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”. For å kunne vurdere

⁶⁷ I tillegg berører forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter direktivets virkeområde, og disse vurderes mot hverandre i kapittel 7

⁶⁸ Se kapittel 4.3

dette andre alternativet må man krysslese minimumsrettighetene etter forskriften om utsendte arbeidstakere og sammenholde dette med eventuelle tariffavtaler⁶⁹. Disse kan være allmenngjorte.

Videre i fremstillingen følger en kort redegjørelse for de norske lover og forskrifter som berører temaet for denne oppgaven.

4.1 Lov om offentlige anskaffelser

Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser regulerer alle tilfeller der et offentlig organ⁷⁰ skal anskaffe en vare, en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid⁷¹.

Loven i seg selv er ingen omfattende regulering av området, snarere tvert i mot. Den nøyer seg med å angi virkeområdet (se ovenfor), formålet og de mer grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen, jfr. lovens § 1 og § 5. I tillegg har den noen prosessuelle tvisteløsningsspørsmål som kommer til anvendelse ved overtredelse av reglementet. Sist, men ikke minst er § 11 forskriftshjemmel for nærmere regulering. Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april nr. 402 regulerer større deler av anskaffelsesprosessen, men det finnes også offentlige anskaffelser som faller utenfor forskriften⁷². Denne forskriften kommer jeg imidlertid ikke nærmere inn på, men det er i stor grad denne som gjennomfører det tidligere nevnte EU-direktivet 2004/18.

For denne oppgavens del er imidlertid lovens viktigste bestemmelse § 11a, som gir Kongen hjemmel til å kunne pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler om lønns- og arbeidsvilkår i kontrakter som

⁶⁹ Weltzien (2008) s. 57

⁷⁰ Jfr. lovens § 2

⁷¹ Jfr. lovens § 3

⁷² Se forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2)

utgjør anskaffelser etter den aktuelle lov. Dersom dette skal pålegges, skal dette reguleres nærmere i forskrift.

Påbud om slike klausuler er gjort i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

4.2 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Forskriften regulerer tre hovedområder for lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter:

- 1) Spesifikke lønns- og arbeidsvilkår skal tas inn som klausuler i alle offentlige tjenestekontrakter, og kontrakter som gjelder bygge- og anleggsarbeid, over visse terskelverdier og under andre gitte forutsetninger (særlig forskriftens § 5 første ledd)
- 2) Kontrollen av og tilsynet med at slike klausuler inntas (særlig forskriftens § 5 annet ledd og § 7)
- 3) Sanksjoner når slike klausuler ikke inntas (særlig forskriftens § 5 tredje ledd)

Det er kun det første punktet som er relevant for oppgavens problemstilling, og det avgrenses derfor mot de to andre.

Hovedhensynet bak forskriften er å iverksette tiltak mot såkalt sosial dumping i offentlige kontrakter. Norge ratifiserte allerede i 1996 ILO-konvensjon nr. 94 som inneholder de samme prinsippene som forskriften. Imidlertid er selve konvensjonen begrenset til å gjelde de statlige styresmakter, og med hjemmel i den alminnelige instruksjonsmyndigheten ble konvensjonen i første omgang gjennomført i rundskrivs form⁷³.

⁷³ NOU 1997:21 punkt 10.5.3

Et annet viktig hensyn bak innføringen av forskriften er at offentlige organer i Norge også skal virke som forbilder for private virksomheter, og det offentlige har derfor et særskilt ansvar for å motvirke sosial dumping ⁷⁴.

Etter den siste utvidelsen av EØS-området har man særlig i enkelte bransjer⁷⁵ sett at muligheten til å hente inn billigere arbeidskraft fra andre EØS-stater har vært tilstede. Norge er et land med høye standarder for både lønn og andre arbeidsvilkår, og ved å ta i bruk arbeidskraft fra andre land i EØS-området har man åpnet muligheten for å holde kostnadene på et helt annet nivå enn dersom man bruker norsk arbeidskraft. Ved å holde lønnskostnadene nede blir totalkostnadene ved prosjektene lavere, og man har hatt mulighet til å konkurrere på pris i en helt annen skala enn tidligere.

For å bøte på dette problemet og ivareta utenlandske arbeidstakers rettigheter i Norge, valgte man å gå lenger enn det ILO-konvensjon nr. 94 krever. Man gjennomførte konvensjonens prinsipper for alle statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, i tillegg til offentligrettslige organer. Med gjennomføringen av forskriften fikk prinsippene personelt virkeområde tilsvarende både lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og ble med dette en del av kravene i anskaffelsesprosessen.

Forskriftens formålsbestemmelse legger til grunn at reguleringen ”skal bidra til at ansatte i virksomheter som utfører tjenester og bygge- og anleggsarbeider for offentlige oppdragsgivere, ikke har dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”, jfr. § 1.

På tross av at hovedhensynet bak forskriften er å motvirke sosial dumping av *utenlandske* arbeidstakere, er forskriften altså ikke begrenset til å omfatte utenlandske arbeidstakere

⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 10

⁷⁵ Kanskje spesielt i bygge- og anleggsbransjen

alene. Den inkluderer alle ansatte i alle virksomheter som utfører tjenester og bygge- og anleggsarbeider for offentlige oppdragsgivere.

Pliktsubjektene etter forskriften er alle potensielle offentlige oppdragsgivere⁷⁶. Forskriftens § 5 regulerer dette nærmere, idet det er oppdragsgivers ansvar å stille krav om at ansatte hos leverandører og underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår som ”ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”.

4.2.1 ”Gjeldende landsomfattende tariffavtale”

Med ”gjeldende landsomfattende tariffavtale” siktes det til to ulike typetilfeller⁷⁷. Det kan for det første foreligge én landsomfattende tariffavtale for sammenliknbart arbeid innen én bransje. I så fall er det lønns- og arbeidsvilkårene i denne som vil være styrende for hva slags minimumsrettigheter oppdragsgiver er forpliktet til å påse at sine leverandører og underleverandører tilbyr sine ansatte. Foreligger det mer enn én landsomfattende tariffavtale er man utenfor dette vilkåret, og man er henvist til ”det som ellers er normalt”⁷⁸.

Videre kan det andre tilfellet foreligge. Situasjonen kan være den at det etter lov om allmenngjøring av tariffavtaler⁷⁹ foreligger et vedtak om en allmenngjort tariffavtale for vedkommende bransje og geografiske område. Er dette tilfellet er det disse lønns- og arbeidsvilkårene oppdragsgiver skal påse at leverandører og underleverandører tilbyr sine ansatte.

⁷⁶ Forskriftens personelle virkeområde er det samme som for lov om offentlige anskaffelser, se oppgavens kap. 3.1

⁷⁷ Fornyings- og administrasjonsdepartementets ”faktaark” om forskriften, tilgjengelig på deres nettsider

⁷⁸ Se oppgavens kapittel 3.2.3

⁷⁹ Se oppgavens kapittel 3.3

4.2.2 "(...) det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke"

Med dette uttrykket siktes det til en mer skjønnsbasert vurdering for de tilfeller der det ikke foreligger en landsomfattende, eller en allmenngjort, tariffavtale. Det blir da opp til oppdragsgiver å vurdere om de lønns- og arbeidsvilkår som leverandører og underleverandører tilbyr kan sies å være innenfor "det som ellers er normalt". Det er ikke slik at oppdragsgiveren må fastsette konkrete lønns- og arbeidsvilkår; det er snarere hans oppgave å vurdere om de foreliggende vilkårene er innenfor forskriftens bestemmelser⁸⁰. En oppdragsgiver vil i de fleste tilfeller ha inngått liknende kontrakter tidligere og vil derfor ha en viss oversikt over hva som regnes som normalt for sammenliknbart arbeid. I de tilfeller der det ikke foreligger verken landsomfattende eller allmenngjort tariffavtale, vil oppdragsgivers ansvar ligge i å fange opp de tilfeller der ansatte har lave lønnsvilkår sammenliknet med andre i samme bransje og geografiske område, eller merkbart dårligere arbeidsvilkår.

Det kan også være slik at det foreligger mer enn én gjeldende landsomfattende tariffavtale for det aktuelle yrket. I så fall vil disse være rådgivende når man vurderer "det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke", dersom de ulike tariffavtalene ikke samsvarer. Tar man for eksempel lønn vil da lønnsspennet i de ulike tariffavtalene utgjøre normalen, og oppdragsgiver må vurdere om lønnen de ansatte hos leverandøren eller underleverandøren hever er innenfor det aktuelle lønnsspennet. Er det snakk om antall arbeidstimer pr. uke og de ulike tariffavtalene har bestemmelser om henholdsvis 37,5 timers uke og 40 timers uke, vil begge disse bestemmelsene være innenfor "det som er normalt". De samme prinsippene gjelder for det tilfellet at det foreligger lokale tariffavtaler, enten én eller flere.

Man ser altså at vurderingen der det foreligger flere landsomfattende tariffavtaler, eller flere lokale, kan bli mer konkret enn i de tilfeller der det ikke foreligger tariffavtaler som vurderingsgrunnlag. Imidlertid vil nok som sagt oppdragsgiver ha en viss erfaring med

⁸⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 11

bakgrunn i tidligere oppdrag dersom det ikke foreligger tariffavtaler. Det vil nok også være sjelden at det ikke i det hele tatt finnes tariffavtaler som vurderingsgrunnlag.

4.2.3 Terskelverdier – hvilke kontrakter forskriften gjelder for

Forskriftens § 4 begrenser forskriftens virkeområde noe, idet den fastsetter at forskriften kun får anvendelse på tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,05 millioner kroner eks. mva. for statlige myndigheter og 1,65 millioner kroner eks. mva. for andre kommunale og fylkeskommunale myndigheter, og for andre offentligrettslige organer. Disse terskelverdiene er de samme som etter forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2.

Her gjenspeiles den tidligere rettssituasjonen noe, idet det er høyere terskelverdier for andre oppdragsgivere enn de statlige. Med høyere terskelverdier vil færre kontrakter falle innenfor forskriftens virkeområde, og det er i større grad statlige myndigheter som må holde seg innenfor forskriftens regelverk.

4.3 Lov om allmenngjøring av tariffavtaler

4.3.1 Bakgrunn

Lov av 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler oppfyller en del av Norges forpliktelser etter EU-direktiv 96/71. Loven kom riktignok før selve direktivet, men et av hovedhensynene bak var å sørge for at utenlandske arbeidstakere ikke skulle kunne komme til Norge og utføre arbeid under lønns- og arbeidsforhold som var vesentlig dårligere enn de norske⁸¹. Loven kom i kjølvannet av Norges tilslutning til EØS-avtalen, og nødvendigheten for å bekjempe sosial dumping oppsto samtidig med det frie

⁸¹ Ot.prp. nr. 26 (1992-1993)

arbeidsmarkedet Norge nå fikk tilgang til gjennom EØS-samarbeidet. Da direktivet senere kom, hadde Norge allerede midler for å imøtekomme de nye forpliktelsene.

Allmenngjøringsloven har betydning for oppgavens problemstilling fordi oppdragsgiver etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter må vurdere sine leverandører og underleverandørers lønns- og arbeidsvilkår. Disse vilkårene kan ikke være dårligere enn ”det som følger av landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”. Departementet har uttalt⁸² at for bransjer og områder der det foreligger allmenngjorte tariffavtaler vil lønns- og arbeidsvilkårene i denne være avgjørende for hva som blir vurdert til ”normalt”.

Lovens formål fremgår av § 1 og er ”å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevridding til ulempe for det norske arbeidsmarkedet”. Loven er altså opprettet for å beskytte utenlandske arbeidstakere i Norge, i tillegg til at man ønsker å hindre konkurransevridding i det norske arbeidsmarkedet. Dersom utenlandsk arbeidskraft ikke var forpliktet til å følge norske standarder for lønns- og arbeidsforhold, ville dette føre til en utstrakt bruk av utenlandsk arbeidskraft fordi dette da ville vært rimeligere. Dette ville igjen ført til mindre bruk av norsk arbeidskraft, og man ville da endt opp med det formålsparagrafen sikter til, nemlig en konkurransevridding i det norske arbeidsmarkedet der norsk og utenlandsk arbeidskraft ikke konkurrerer i samme marked på like vilkår.

Allmenngjøringsloven gjelder for ”arbeidstakere som utfører arbeid i annens tjeneste i Norge”. Loven gjelder altså ikke utelukkende utenlandske arbeidstakere, selv om det etter lovens formålsbestemmelse er disse loven tar sikte på å beskytte⁸³. Videre er det departementet som i forskrift gir regler for lovens anvendelse for utsendte arbeidstakere,

⁸² Fornyings- og administrasjonsdepartementets ”faktaark” om forskriften, tilgjengelig på deres nettsider

⁸³ Jfr. allmenngjøringsloven § 1

definert i arbeidsmiljøloven § 1-7⁸⁴, jfr. allmenngjøringsloven § 2 nummer 1⁸⁵. Det siktes her til forskrift om utsendte arbeidstakere som er temaet i oppgavens punkt 3.4.

4.3.2 Tariffnemnda

Etter lovens § 3 skal Kongen opprette tariffnemnd bestående av én leder og fire faste medlemmer. Ved tvist skal departementet i tillegg oppnevne ett medlem fra den organisasjon som fremmer krav overfor Tariffnemnda, og ett medlem fra dennes tariffmotpart i den tariffavtalen som kreves allmenngjort.

Tariffnemnda kan etter § 4 treffe vedtak om allmenngjøring i to ulike situasjoner. Etter første kan det treffes allmenngjøringsvedtak i de tilfeller der kravet er fremsatt av en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon som er part i avtalen og har innstillingsrett etter arbeidstvistloven⁸⁶ § 11 nr. 1. Videre kan nemnda også treffe allmenngjøringsvedtak av eget tiltak etter allmenngjøringsloven § 4 tredje ledd. Vedtak etter denne bestemmelsen kan treffes dersom allmenne hensyn krever slik regulering. Pr. dags dato er seks allmenngjøringsvedtak truffet, alle etter begjæring fra LO⁸⁷.

4.3.3 Vilkår for allmenngjøring

Vilkårene for vedtak etter allmenngjøringsloven fremgår av § 5 annet ledd. Tariffnemnda kan treffe vedtak dersom ”det er dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”.

⁸⁴ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

⁸⁵ Det avgrenses mot lovens andre personelle virkeområder, jfr. § 2. nummer 2 – 5.

⁸⁶ Lov av 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister

⁸⁷ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/tariffnemnda/vedtak.html?id=540957>

Der det er en part som begjærer tariffavtalen allmenngjort vil det være denne som må fremlegge dokumentasjon på at utenlandske arbeidstakere arbeider eller vil komme til å arbeide under dårligere enn det som gjelder for landsomfattende tariffavtaler eller det som ellers er normalt. I de tilfeller der Tariffnemnda skulle fatte vedtak ex officio vil det være opp til nemnda selv å samle dokumentasjonen.

Man ser for øvrig at det er de samme vilkårene Tariffnemnda vurderer for allmenngjøring av tariffavtaler, som det oppdragsgivere selv må vurdere etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Vedtakene treffes i forskrifts form.

4.4 Forskrift om utsendte arbeidstakere

4.4.1 Bakgrunn

Forskriften gjennomfører EU-direktiv 96/71 i norsk rett, og har sin hjemmel i allmenngjøringsloven § 2 nummer 1, jfr. arbeidsmiljølovens § 1-7. Direktivet gjelder selvsagt kun for EØS-området, men forskriften er ikke begrenset til samme stedlige virkeområde.

Forskrift om utsendte arbeidstakere fastslår visse minimumsrettigheter for ”utsendte arbeidstakere” i Norge.

4.4.2 Formål og virkeområde

Forskriften gjennomfører altså direktivet, og hensynet bak forskriftsgjennomføringen må da kunne sies å være det samme som for direktivet. Under oppgavens punkt 2.5 gjorde jeg rede for direktivets innhold, og man kan etter dette fastslå at hovedformålet med direktivet er å ivareta arbeidstakers rettigheter ved tjenestegjøring i annet land innenfor EØS-området. I dette ligger at Norge skal ivareta utenlandske arbeidstakers rettigheter når de arbeider her, og når Norge sender norske arbeidstakere til andre deler av EØS-området skal den aktuelle staten ivareta de norske arbeidstakernes minimumsrettigheter. Det er ikke

selvsagt at nøyaktig de samme rettigheter vil være rådende for norske utsendte arbeidstakere for utenlandske arbeidstakere i Norge. I Norge gjelder altså forskriften for alle utenlandske arbeidstakere, men tatt i betraktning at dette er gjennomføringen av et EU-direktiv, kan de samme bestemmelser kun forventes å bli fulgt innen EØS-området når Norge sender ut norske arbeidstakere, jfr. forskriftens §§ 1 og 5.

Forskriftens virkeområde blir etter dette når utenlandsk virksomhet sender arbeidstakere til Norge i forbindelse med tjenesteyting, forutsatt at det foreligger et arbeidsforhold mellom den aktuelle virksomheten og arbeidstakeren, jfr. § 1.

4.4.3 Minimumsrettigheter etter forskriften

I forskriftens § 2 er det listet opp visse minimumsrettigheter en utsendt arbeidstaker i Norge alltid vil ha, uavhengig av hvilket lands rett som ellers regulerer arbeidsforholdet. Disse rettighetene skriver seg ikke til lønnsvilkårene i arbeidsforholdet, men til andre forhold ved arbeidssituasjonen.

Det er i stor grad bestemmelser i arbeidsmiljøloven som skal gjelde for utsendte arbeidstakere i Norge. Krav til arbeidsmiljøet, arbeidstiden, vern mot diskriminering, rett til permisjon ved svangerskap (inkludert fødselspermisjon, foreldrepermisjon og lignende), skriftlighetskrav til arbeidsavtalen og minimumskrav til innholdet i denne, og oppsigelsesvern ved svangerskap og etter fødsel eller adopsjon er eksempler på det som er regnet som minimumsrettigheter. Videre er også bestemmelsene i ferieloven og i likestillingsloven i sin helhet rettigheter som utsendte arbeidstakere i Norge skal gis av sine arbeidsgivere.

5 Den videre fremstilling

I denne delen av oppgaven vil jeg forsøke å vurdere det norske regelverket opp mot EØS-regelverket. I oppgavens innledning har jeg gjort rede for ESAs Formal Notice fra 2009 der det vurderes om Norge oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen. At en stat ikke har oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen kan ha flere betydninger. Det kan for det første bety at man ikke har gjennomført relevant EØS-rett nasjonalt. Videre kan det også bety at man har gjort forsøk på å gjennomføre EØS-rett nasjonalt, men at dette ikke er tilstrekkelig for å oppfylle forpliktelsene etter avtalen eller at man har gått lenger enn det EØS-retten krever. Det må da vurderes om den nasjonale rett er EØS-stridig.

For Norges vedkommende er det et spørsmål om forskrift om deler av innholdet i forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan sies å være EØS-stridig. I sitt Formal Notice⁸⁸ anfører ESA på to ulike grunnlag at forskriften ikke er i samsvar med EØS-retten:

- 1) at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter utgjør en ulovlig restriksjon på den frie flyten av tjenester etter EØS-avtalen art. 36 (oppgavens kapittel 6).
- 2) at forskriften, som er ment som en gjennomføring av direktiv 96/71, ikke er i samsvar med innholdet i dette direktivet og at Norge på denne måten ikke oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen (oppgavens kapittel 7)

⁸⁸ Datert 15. juli 2009

6 Forholdet mellom EØS art. 36 og den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

6.1 Problemet

EØS-avtalens art 36. forbyr restriksjoner på adgangen til den frie bevegeligheten av tjenester. Oppgavens kapittel 2.2 gjør rede for hva de forbudte restriksjoner kan utgjøre; både det rene diskrimineringsforbudet og det mer generelle restriksjonsforbudet, som noe forenklet omfatter alle tiltak som gjør tjenesteytelser mellom statene vanskeligere.

Reglene om minstelønn i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter utgjør ikke en restriksjon som direkte diskriminerer på bakgrunn av nasjonalitet eller statsborgerskap⁸⁹. Imidlertid kan det være spørsmål om forskriften kan utgjøre et tiltak som gjør det vanskeligere for en utenlandsk virksomhet å utføre tjenester i Norge, sammenliknet med en norsk virksomhet. Dersom dette er tilfellet vil forskriften likevel utgjøre en restriksjon som er forbudt etter art. 36.

6.2 Rüffert-saken og dens relevans

I sitt Formal Notice⁹⁰ viser ESA til praksis fra EF-domstolen når den norske forskriften ble vurdert. I *Rüffert-saken*⁹¹ ble lovgivningen i delstaten Niedersachsen i Tyskland undersøkt. Regelverket som her blir vurdert, har klare likhetstrekk med den norske forskriften. Avgjørelsen er også den eneste som vurderer situasjonen. Andre avgjørelser fra EF-

⁸⁹ Forskriften skiller ikke per definisjon mellom ansatte i norske og utenlandske virksomheter, jfr. forskriftens § 5

⁹⁰ Datert 15. juli 2009

⁹¹ Case C-346/06

domstolen vurderer også lønns- og arbeidsvilkår⁹², men dette er den nyeste avgjørelsen om temaet, og også den dommen der saksforholdet ligger nærmest de norske reglene. Faktum var som følger: Niedersachsens regler for offentlige anskaffelser⁹³ gjorde at offentlige tjenestekontrakter kun ble tildelt tjenesteytere som skriftlig lovet at de selv og deres underleverandører ikke kunne yte mindre lønn til sine ansatte enn en fastsatt minstelønn. Denne skulle ikke være lavere enn lønnen fastsatt i den for det aktuelle stedet gjeldende tariffavtale for samme type tjenester. Ble ikke kravet om minstelønn oppfylt ville den part som ikke oppfylte kunne bli straffet etter anskaffelsesregelverkets bestemmelser.

For denne spesifikke saken hadde tjenestekontrakten mellom (den offentlige) oppdragsgiver og tjenesteyter bestemmelser der en liste over eksempler på gjeldende tariffavtaler ble listet opp. Tjenesteyteren brukte en polsk underleverandør, og det ble påvist at dennes arbeidere hadde lønn som ikke oppfylte kontraktens krav til minstelønn. Kontrakten mellom tjenesteyteren og underleverandøren ble hevet og underleverandøren ble i Landgericht Hannover⁹⁴ dømt til å betale erstatning etter lovens bestemmelser. I anken som gikk for Oberlandesgericht Celle⁹⁵, ble saken vurdert dit hen at spørsmålet dreier seg om hvorvidt det tyske anskaffelsesregelverket kunne anvendes på saken eller ei. Anke-domstolens begrunnelse var at det hersket tvil om hvorvidt loven var i overensstemmelse med art. 49 EC⁹⁶ fordi slike bestemmelser ville føre til at virksomheter i andre medlemsstater vil miste konkurransefordeler de i utgangspunktet har på grunn av lavere lønnskostnader i hjemstaten. Anke-domstolen legger videre avgjørende vekt på at en slik bestemmelse vil utgjøre en hindring som gjør det vanskeligere for virksomheter fra andre land enn Tyskland å komme inn på markedet.

⁹² Se for eksempel Case C-341/05 *Laval*

⁹³ Landesvergabegesetz, jfr. premiss 5 i EF-domstolens avgjørelse

⁹⁴ Førsteinstans tilsvarende Tingretten (engelsk oversettelse Regional Court, Hannover)

⁹⁵ Klageinstans tilsvarende Lagmannsretten (engelsk oversettelse Higher Regional Court, Celle)

⁹⁶ Tilsvarende EØS art. 36

EF-domstolen ble forelagt spørsmålet til prejudisiell avgjørelse, og kom til at lovgivningen man her står ovenfor kan påføre en ekstra økonomisk byrde for virksomheter som er etablert i andre medlemsstater. Denne økonomiske byrden kan føre til at vertsstaters utlyste tjenestekontrakter vil fremstå som mindre attraktive for en utenlandsk tjenesteyter, enn dersom de ikke var underlagt en bestemmelse om lønnsvilkår i vertsstaten. Den økonomiske byrden består i at virksomheten mister konkurransefordeler de har fordi lønnsnivået i deres hjemstat er lavere minstekravet i vertsstaten. På denne bakgrunn slår domstolen fast⁹⁷ at den aktuelle bestemmelsen i det tyske anskaffelsesregelverket utgjør en restriksjon etter art. 49 EC.

Rüffert-saken viser at det aktuelle tyske regelverket har store likheter med det norske, etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Da forarbeidene⁹⁸ til bestemmelsen i anskaffelsesloven som hjemler forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ble utarbeidet forelå ennå ikke avgjørelse i saken. Imidlertid skrev departementet utfallet i *Rüffert*-saken vil være av stor betydning⁹⁹. Det fremgår nokså tydelig av forarbeidene at det forventes at avgjørelsen vil være til Norges fordel, idet departementet uttaler at det er mye som tyder på at "EF-retten ikke utan vidare skal tolkast restriktivt i kampen mot sosial dumping"¹⁰⁰. Når det nå foreligger avgjørelse i *Rüffert*-saken, og denne fastslår at det tyske regelverket ikke er i samsvar med EU-retten, vil det være vanskelig å se hvordan departementet kan opprettholde sitt synspunkt om at den norske forskriften kan være i samsvar med EØS-retten. Imidlertid anfører departementet at *Rüffert*-saken ikke direkte har relevans¹⁰¹. Departementet mener at siden forholdet til ILO-konvensjon nr. 94 ikke direkte er vurdert¹⁰², har ikke saken relevans for Norge. Imidlertid har de tyske reglene store

⁹⁷ Premiss 37

⁹⁸ Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008)

⁹⁹ Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008) s. 7

¹⁰⁰ Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008) s. 7

¹⁰¹ Response from the Norwegian Government" (representert av Fornyings- og administrasjonsdepartementet), datert 15. oktober 2009 s. 2

¹⁰² Tyskland har ikke ratifisert ILO-konvensjon nr. 94

likhetstrekk med de norske reglene, slik de er gjennomførte etter konvensjonen. Også ESA påpeker at § 5 i den norske forskriften er ”substantively similar” til de tyske bestemmelsene¹⁰³. Se redegjørelse for hvordan den norske forskriften ikke samsvarer med direktiv 96/71 i kapittel 7. Her brukes også saksforholdet i *Rüffert*-saken for å belyse problemstillingene, og man ser da klarere likhetene mellom regelverkene.

Spørsmålet blir etter dette om den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan utgjøre en restriksjon på den frie bevegeligheten av tjenester, på samme måte som den tyske Landesvergabegesetz.

6.3 Restriksjon?

EF-domstolen har gitt følgende definisjon av restriksjon, som også er redegjort for i oppgavens kapittel 2.2: ”Alle tiltak som gjør tjenesteytelser mellom statene vanskeligere enn tjenesteyting innen én stat, utgjør restriksjoner”¹⁰⁴. Definisjonen favner vidt, og det kan være vanskelig å vurdere grensetilfeller der tiltakene ikke er direkte diskriminerende, men der regelen likevel har uønskede virkninger. Når man skal vurdere hvorvidt slik ikke-diskriminerende atferd likevel kan utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten er det i teorien hevdet at det vil være sentralt hvorvidt regelen påvirker adgangen til markedet eller ei¹⁰⁵.

Den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter har samlet sett den samme virkningen som det tyske anskaffelsesregelverket. Utenlandske tjenesteytere vil uten tvil få økte kostnader til lønn dersom de skal oppfylle norske, tariffestede krav til minstelønn¹⁰⁶. Det er ikke grunn til å anta at lønnsnivået i Norge er lavere enn i Tyskland, slik at den økonomiske konsekvensen forblir omtrent den utenlandske virksomheter som

¹⁰³ ESAs Formal Notice, datert 15. Oktober 2009 s. 6

¹⁰⁴ Jfr. bl.a. Case C-158/96 *Kohll*

¹⁰⁵ Jfr. *EØS-rett* (2004) s. 447

¹⁰⁶ I tillegg kan det også bli tale om ekstra administrasjonskostnader, idet tjenesteyter må sette seg inn i lovverk i både hjemlandet og i vertslandet

yster tjenester i Norge. På denne måten gjør forskriften at norske utlyste tjenestekontrakter blir mindre attraktive for utenlandske tjenesteytere med bakgrunn i denne økonomiske byrden. De utenlandske virksomhetene kan bli påvirket til å la være å levere inn tilbud, da de har mistet konkurransefordeler de er i besittelse av dersom de kan benytte seg av (det lavere) lønnsnivået i sin hjemstat. At interesserte aktører ikke leverer tilbud i en anbudsrunde vil ha klare effekter på markedet, og konkurransen vil påvirkes fordi det potensielt vil komme inn færre tilbud til oppdragsgiveren. Dette kan være av betydning fordi det beste tilbudet ikke nødvendigvis vil delta i konkurransen om tjenesteytelsen. Isolert sett vil også et slikt minimumskrav til lønn påvirke markedet og dets konkurranse, da det på denne måten vil være en viss konkurranseregulering i markedet for offentlige tjenester.

Etter dette ser man at den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår påvirker adgangen til markedet for utenlandske tjenesteytere ved at reglene gjør at utenlandske virksomheter mister en av sine konkurransefordeler. Forskriften gjør tjenesteyting til offentlige organer i Norge mindre attraktivt, kan derfor regnes å være en ulovlig restriksjon etter EØS art. 36.

6.4 Rettmessig restriksjon?

I oppgavens kapittel 2.3 er det gjort rede for mulige unntak fra hovedregelen i EØS art. 36 om forbud mot restriksjoner på den frie bevegeligheten av tjenester. Det gjøres rede for de lovfestede unntakene etter art. 39, jfr. art. 33, og de ulovfestede unntakene etter den domstolsskapte læren om tvingende allmenne hensyn. Dersom man kommer til at restriksjonen er lovlig etter en av disse vurderingene, vil regelen være rettmessig og den regnes ikke for å være EØS-stridig. I vurderingen under kapittel 6.1 er det gjort klart at reglene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er en indirekte restriksjon på den frie bevegeligheten av tjenester¹⁰⁷, og de lovfestede unntakene kommer derfor ikke direkte til anvendelse. Vurderingen blir etter dette om restriksjonen kan være lovlig etter de ulovfestede unntakene. Domstolenes ulovfestede lære består av flere

¹⁰⁷ Idet den ikke direkte diskriminerer etter statsborgerskap eller etableringssted

underspørsmål, som i stor grad dreier seg om å vurdere ulike sider av hensynene bak reglene som utgjør restriksjonen.

6.4.1 Begrunnet i relevant hensyn?

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter har en formålsbestemmelse der lovgiver har gitt uttrykk for de hensyn man har tatt i betraktning ved innføringen av forskriften¹⁰⁸. Likevel må det vurderes om reglene objektivt sett fremmer dette formålet.

Jeg presiserer at det er reglene om lønnsvilkår som antas å utgjøre en restriksjon på den frie bevegelsen av tjenester, og at det i første rekke er et spørsmål om regelen om lønnsvilkår i § 5 fremmer de i § 1 oppstilte hensyn. Det er gjort rede for forskriftens hensyn i oppgavens kapittel 3.2.1, der det også er avgrenset mot de mindre relevante deler av forskriften. Lovgivers hovedhensyn etter § 1 er å sikre et visst minimum i lønns- og arbeidsvilkårene til de som utfører tjenester og bygge- og anleggsarbeider for offentlige oppdragsgivere; altså motvirke sosial dumping. § 5 forskrift om lønns- og arbeidsvilkår er i dette hensynets kjerneområde, og bestemmelsen må sies å oppfylle dette formålet.

Videre må det vurderes om hensynet, altså motvirkning av sosial dumping, er et relevant hensyn som er egnet til å kunne gjøre restriksjonen rettmessig; med andre ord om regelen om lønnsvilkår i § 5 kan begrunnes i et av de allmenne hensyn domstolen godtar. Domstolen har anerkjent flere ulike typer formål, og beskyttelse av arbeidstakere har vært temaet i en større mengde saker¹⁰⁹. Også i Ot. prp. nr. 7 (2007-2008)¹¹⁰ argumenteres det for at så lenge vern av det nasjonale arbeidsmarkedet objektivt sett rammer både innenlandske og utstasjonerte virksomheter, vil restriksjonen kunne være begrunnet i hensynet til arbeidstakerne. Regelen i forskriftens § 5 gjør ikke forskjell mellom

¹⁰⁸ Se forskriftens § 1

¹⁰⁹ Se Case C-60/03 *Wolff & Müller*, særlig premiss 35.

¹¹⁰ Se s. 6

innenlandske og utstasjonerte arbeidstakere, idet bestemmelsens ordlyd er ”ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører”.

Videre er også ESA enig i at EØS-retten ikke ekskluderer muligheten medlemsstater har til å beskytte arbeidstakere, så lenge bestemmelsene omfatter enhver person som er ansatt i medlemsstaten territorium, uavhengig av arbeidsgiverens etableringssted ¹¹¹. I utgangspunktet er altså beskyttelse av arbeidstakere et hensyn som kan tale for å gjøre en restriksjon rettmessig. Det må da vurderes om regelen i forskriftens § 5 objektivt sett ivaretar hensynet til arbeidstakerne eller om regelen kan ha andre virkninger som taler mot at regelen beskytter arbeidstakere.

I *Mazzoleni*-saken uttaler EF-domstolen at beskyttelse av arbeidstakere gjennom krav om minstelønn konstituerer et relevant allment hensyn, og at disse reglene kan gis anvendelse på utsendte tjenesteytere ¹¹². Spørsmålet videre blir da om regelen har andre virkninger enn regulering av lønnsnivå og om disse potensielle virkninger gjør at regelen ikke objektivt sett fremmer beskyttelsen av arbeidstakere.

Ovenfor har jeg vist hvordan regelen utgjør en restriksjon på adgangen til deler av det norske tjenestemarkedet. I stor grad kommer dette av at utenlandske tjenestetilbydere ikke vil kunne benytte seg av den konkurransefordel de har i form av mindre lønnskostnader (og dermed lavere totalpris for tjenesten). De utenlandske virksomhetene vil på denne måten tape på å utføre tjenester i Norge fremfor andre land, og man oppnår en ikke ønsket vridning av konkurransen. Når offentlige oppdragsgivere i Norge potensielt mottar færre tilbud fra utenlandske tjenestetilbydere, kan det argumenteres for at norske tjenestetilbydere oftere vil bli tildelt offentlige tjenestekontrakter i Norge. Man får da det resultat at regelen medvirker til at norske virksomheter beskyttes for konkurranse fra utenlandske, sammenliknbare virksomheter.

¹¹¹ ESAs Formal Notice datert 15. juli 2009 s. 9

¹¹² Se Case C-165/98 *Mazzoleni*, premiss 22 – 24.

Denne proteksjonistiske virkningen vil neppe kunne begrunnes i allmenne hensyn, da EØS-avtalens bakgrunn motsetningsvis er å åpne markedsgrensene mellom medlemsstatene. Ved medlemskap i EØS oppgir man muligheten til å beskytte virksomheter i eget land, og man nyter godt av de konkurransefordelene et større marked gir ¹¹³. Dog er en slik tilnærming usikker, og man kan ikke med dette sikkert utlede at regelen ivaretar proteksjonistiske hensyn. Fører forskriften til slike proteksjonistiske virkninger må det være rimelig å anta at virkningene er utilsiktede, i den grad dette ikke er hensyn man har søkt å ivareta. Det fremgår for eksempel av forarbeidene ¹¹⁴ til forskriften at hensynet er å motvirke sosial dumping, og dermed sikre visse minimumsrettigheter for arbeidstakere i Norge. Når andre potensielle virkninger av regelen er så usikre som de proteksjonistiske virkningene er, vil det være vanskelig å utelukke at regelen er begrunnet i hensynet til beskyttelse av arbeidstakere.

Det er også andre forhold som gjør at det må vurderes om regelen kan sies å være begrunnet i et relevant hensyn. ESA peker på flere momenter som gjør at man kan diskutere regelens objektive begrunnelse ¹¹⁵. Først og fremst vises det igjen til Rüffert-saken ¹¹⁶, der EF-domstolen trakk frem et viktig moment som taler mot at regelen i forskriftens § 5 kan begrunnes i hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Det tyske anskaffelsesregelverket ¹¹⁷ har på samme måte som den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter krav til minstelønn for arbeidstakere. Tyskland og Norge har det samme systemet der minstelønn kan fastsettes på bakgrunn av allmenngjorte tariffavtaler. Dersom det finnes en allmenngjort tariffavtale på det området tjenestekontrakten inngås på, vil dette føre til samme lønssituasjon for arbeidstakere som arbeider både under offentlige og private tjenestekontrakter. Med andre ord er ikke den

¹¹³ Dette gjenspeiles f.eks i reglene om statsstøtte

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008)

¹¹⁵ ESAs Formal Notice til Norge, datert 15. juli 2009

¹¹⁶ Case C-346/06, premiss 38 - 39

¹¹⁷ Landesvergabegesetz

norske allmenngjøringsloven begrenset til å gjelde de tilfeller der det offentlige er oppdragsgiver.

Imidlertid har EF-domstolen et viktig poeng når den trekker frem de tilfeller der det ikke finnes en allmenngjort tariffavtale. I både det tyske og det norske anskaffelsesregelverket står man da igjen med vurderingen av hva som er ”normalt”¹¹⁸ for å avgjøre hvilke lønnsvilkår arbeidstakerne skal tilbys av tjenesteyterne. Det er en selvfølge at anskaffelsesregelverkene¹¹⁹ kun dekker de tilfeller der offentlige organer er oppdragsgivere. Imidlertid finnes det ikke noe motstykke til regelen i anskaffelsesregelverket som skal motvirke sosial dumping der private virksomheter opptrer som oppdragsgivere.

I forarbeidene til forskriftshjemmelen har Fornyings- og administrasjonsdepartementet gitt uttrykk for at de mener at det offentlige som oppdragsgiver har ”eit særskilt ansvar for å opptre seriøst og motvirke sosial dumping”¹²⁰. Dette anføres også i Norges tilsvarende til ESAs Formal Notice¹²¹, der det også formuleres slik at det offentlige ikke skal bidra til å utnytte arbeidstakere. Det anføres dermed at det offentlige har en spesiell rolle som forbilde, og det virker som om begrunnelsen kan ligge i tanken om at i det minste offentlige oppdragsgivere burde gå i bresjen for å bekjempe sosial dumping. I både *Rüffert*-saken¹²² og i ESAs Formal Notice¹²³ er dette forholdet trukket frem som et moment som taler mot at regelen kan begrunnes i hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Tanken om det offentlige som forbilde vil i dette tilfellet føre til at ikke alle arbeidstakere beskyttes på lik linje mot sosial dumping, og det vil resultere i forskjellsbehandling av arbeidstakere som arbeider for

¹¹⁸ Se oppgavens kap. 3.2.2

¹¹⁹ Og i Norge mer spesifikt med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, med hjemmel i anskaffelsesloven

¹²⁰ Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008) s. 1

¹²¹ ”Response from the Norwegian Government” (representert av Fornyings- og administrasjonsdepartementet), datert 15. oktober 2009

¹²² Case C-346/06 premiss 38-40

¹²³ Datert 15. juli 2009, side 10

offentlige, og motsetningsvis private, virksomheter. ESA stiller også spørsmålstegn ved hvorfor beskyttelse av arbeidstakere kun er nødvendig der det offentlige er oppdragsgiver¹²⁴. Det er ikke umulig at regelen kan gi en signaleffekt ut mot de private oppdragsgiverne, men en slik virkning er for usikker til å kunne begrunne en regel som kun rammer enkelte arbeidstakere.

Når man med dette ikke oppnår samme grad av beskyttelse for alle arbeidstakere kan det vanskelig forenes med tanken om at unntak fra EØS art. 36 kan være berettiget ut fra hensynet til arbeidstakerne.

6.4.2 Egnet til å nå dette hensynet?

EF-domstolen finner sjelden at en regel ikke er egnet til å nå sitt formål, men dette vil kunne være tilfellet der en regel virker mot sin hensikt eller ikke antas å ha noen effekt¹²⁵. Like fullt må det vurderes om regelen i forskriftens § 5 er egnet til å nå sitt formål om beskyttelse av arbeidstakere.

Man må kunne anta at en regel som søker å gi arbeidstakere lønn etter nivå fra tariffavtaler eller ut fra vurderinger om hva som er ”normalt” ikke virker mot sin hensikt. Dersom hensikten er å beskytte arbeidstakere, vil regler som denne virke beskyttende idet den fastslår rettigheter arbeidstakerne ikke uten videre har krav på.

Imidlertid kan effekten av regelen vurderes. I Ot.prp. nr. 7 (2007 - 2008) er det gjort rede for Fornyings- og administrasjonsdepartementets erfaringer fra gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94¹²⁶. Det fremgår at departementet har fått tilbakemeldinger fra statlige

¹²⁴ ESAs Formal Notice, datert 15. Oktober 2009 s. 10

¹²⁵ Se *EØS-rett* (2004) s. 453

¹²⁶ Som det fremgår av oppgavens kapittel 3.5 gjelder konvensjonens regler i utgangspunktet kun for statlige myndigheter, dog med frivillig gjennomføring for andre offentlige organer. Enkelte kommuner har gjennomført reglene. Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008) utgjør forarbeider til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i

oppdragsgivere om at de har liten eller ingen erfaring i bruk av klausulene om blant annet lønnsvilkår. Oppdragsgiverne oppgir at de har hatt få kontrakter der det har vært aktuelt å ta inn slike klausuler, og i de tilfeller klausulene har vært brukt har det ikke vært avdekket større avvik. Kommuner som har gjennomført reglene frivillig rapporterer om større seriøsitet i mottatte tilbud, og det antas derfor at reglene har en viss preventiv effekt.¹²⁷

I juridisk teori kritiseres reglenes effekt¹²⁸. Weltzien understreker selv at han langt fra har foretatt noen empirisk undersøkelse av de flere tusen anskaffelser det offentlige har gjort siden reglenes ikrafttrekken, men har foretatt enkelte undersøkelser hos ulike større statlige virksomheter, og hos kommuner og fylkeskommuner. Han fremhever at det ser ut til at de offentlige oppdragsgiverne kun i større eller mindre grad siterer forskriftens formulering i konkurransegrunnlagene, og at ingen av dem angir hva som antas å være ”normalt” eller ”hva oppdragsgiveren mener er nødvendig for at det ikke skal finne sted sosial dumping”¹²⁹. Weltzien fremhever at dette burde føre med seg en rikholdig rettspraksis, og at dette tyder på at oppdragsgiverne med dette ikke nødvendigvis viser forståelse for reglenes innhold; Oppdragsgiverne virker usikre på hva som skal regnes for avvik å være. Imidlertid er det ikke registrert en eneste klagesak til KOFA¹³⁰ eller noen søksmål for domstolene.

Oppdragsgiverne siterer forskriften i stor grad konkurransegrunnlagene og definerer ikke selv hva som ligger i reglenes formuleringer om ”normale” lønnsnivåer. På denne måten kan det anføres at de ikke selv forstår hva som etter forholdene vil være ”normalt” og at de heller ikke velger å sette seg inn i dette for den enkelte kontrakt.

offentlige kontrakter, der konvensjonens regler gjennomføres for andre offentlige organer, som kommune og fylkeskommune.

¹²⁷ Ot. prp. nr. 7 s. 8

¹²⁸ Weltzien (2009) s. 47

¹²⁹ Weltzien (2009) s. 48

¹³⁰ Klagenemnda for offentlige anskaffelser, som er klageorgan for brudd på anskaffelsesregelverket (som forskriften er en del av, gitt hjemmelen i lov om offentlige anskaffelser § 11a)

Oppdragsgiverne skal etter forskriftens § 7 selv sørge for gjennomføring av nødvendig kontroll av om kravene i forskriften overholdes. Det finnes ingen grunnlag for å anta at oppdragsgivere ikke overholder denne kontrollplikten, og det er altså derfor ingen grunn til å anta at det til stadighet foreligger grove avvik som ikke blir til klagesaker for enten KOFA eller domstolene. Imidlertid kan det anføres at mindre avvik ikke oppdages fordi oppdragsgiverne ikke selv er klar over at de aktuelle forholdene vil regnes som mindre avvik etter forskriften.

Regelens effekt kan altså diskuteres, men det er lite trolig at man kan anføre at forskriftens bestemmelse om lønnsvilkår ikke har noen effekt overhodet. I det minste kan man anta at den preventive effekten som er trukket frem i forarbeidene¹³¹ eksisterer. Det forhold at det ikke er klaget inn grove forhold til KOFA eller domstolene taler også for at forskriften har en viss effekt på lønnsnivået, og dermed bekjempelse av sosial dumping.

6.4.3 Proporsjonalitetsvurderingen

Proporsjonalitetsvurderingen består av to spørsmål¹³² der det første er om man kan få til det samme resultatet med mindre inngripende midler. I dette ligger at den potensielt rettmessige restriksjonen ikke går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta det allmenne hensynet. Den andre vurderingen er om det inngrepet restriksjonen utgjør i den frie bevegelse fremstår som uforholdsmessig i forhold til resultatet, med andre ord om resultatet står i forhold til inngrepet.

¹³¹ Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008) s. 8

¹³² Det bør legges merke til at proporsjonalitetsvurderingen ikke nødvendigvis er formulert som disse spørsmålene i alle relevante kilder. Imidlertid er det disse spørsmålene forfatterne i *EØS-rett* (2004) benytter.

6.4.3.1 Samme resultat – mindre inngripende middel?

§ 5 i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter angir at dersom det ikke finnes allmenngjort tariffavtale, skal lønnsnivået måles opp mot hva som antas å være ”normalt for vedkommende sted og yrke”. ESA har anført at denne delen av bestemmelsen ikke oppfyller noen av de metodene for avklaring av lønnsnivå det er vist til i direktiv 96/71 EC, og at oppdragsgivere med dette kan forlange at deres tjenesteytere benytter lønnsvilkår som går ut over minimumskravene i direktivet. Denne problemstillingen vurderes i oppgavens kapittel 7. Forutsetter man imidlertid at dette er tilfellet, vil resultatet være at regelen går lenger enn det som er nødvendig for å sikre bekjempelse av sosial dumping.

Med utgangspunkt i at lønnsnivået i Norge er relativt høyt, ville det også kunne vært spørsmål om dette i seg selv fører til at regelen går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta beskyttelse av arbeidstakerne. Det kan tenkes at man kan nå målet om beskyttelse av arbeidstakere før man når ”normalt” norsk lønnsnivå. Justisdepartementet trekker frem dette argumentet i Ot. prp. nr. 7 (2007 – 2008) på side 8, under punktet ”Høringsinstansenes syn”. Her anføres at det generelle lønnsnivået i Norge ligger ”godt over det minimum som er nødvendig for å sikre at arbeidstakere ikke blir utnyttet”. Videre poengteres det også at et krav om likeverdig lønn er mer problematisk enn et alternativ om, hva de kaller ”høg minstelønn”. Dette på bakgrunn av at det med likeverdig lønn ikke er det offentlige som setter nivået, men den alminnelige lønnsutviklingen i samfunnet. EF-domstolen har i *Laval*-saken slått fast at minimumslønn blant annet skal fastsettes med bakgrunn i landets kostnadsnivå¹³³. Dermed er det ikke sikkert at lønnsvilkår med utgangspunkt i norsk lønnsnivå nødvendigvis går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta det allmenne hensynet.

Dog kan det anføres at Norge kan nå det samme resultat med andre, mindre inngripende midler. ESA anfører at Norge kan nå sin målsetting om å bekjempe sosial dumping ved å i

¹³³ Case C-341/05

større grad benytte seg av systemet i lov om allmenngjøring av tariffavtaler. Når det foreligger en reell mulighet til å nå det samme resultat med mindre inngripende midler, må man kunne gå ut i fra at restriksjonen ikke står seg i forhold til denne delen av proporsjonalitetsvurderingen. Her er det ikke bare en reell mulighet til å opprette et nytt system som fører til samme resultat som den diskuterte regel. For Norges del er det allerede vedtatt en lov og innført et system, slik at det vil være svært enkelt å nå det samme resultatet med et mindre inngripende middel – et som allerede er akseptert av EØS-retten.

6.4.3.2 Resultat i forhold til inngrepet?

Inngrepet i denne sammenheng er nært knyttet sammen til markedsadgangen, som omtalt under kapittel 6.3. Et av hovedformålene bak EØS-avtalen er å åpne markeds grensene, og tiltak som begrenser adgangen til markedet for EØS-stater vil dom regel utgjøre restriksjoner etter EØS art. 36. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter utgjør i denne sammenheng et tiltak som begrenser markedsadgangen for utenlandske virksomheter i stor grad. Særlig for land der lønnsnivået er merkbart lavere enn i Norge, vil virksomheter miste konkurransefordeler de i utgangspunktet er i besittelse av. Når lønnskostnadene øker vil total kostnadene for tjenesten øke, og konkurransefordelen blir mindre. For land som har omtrent det samme lønnsnivået som Norge, vil ikke forskriftens bestemmelser ha den samme betydningen og virksomheter fra disse landene har ikke den samme konkurransefordelen å miste. Imidlertid vil forskriften utgjøre et stort inngrep i forhold til de virksomheter som kommer fra land med lave lønnsnivåer.

I juridisk teori anføres det at det ved proporsjonalitetsvurderingen vil stå sentralt hvilket inngrep som gjøres i ”de grunnleggende regler for fri bevegelighet i EØS art. 36”, og videre at det har betydning om regelen ”slår ut likt for alle impliserte parter, uavhengig av statsborgerskap og etableringssted”¹³⁴. Selv om den norske forskriften ikke formelt skiller mellom virksomheters etableringssted vil resultatet likevel være at regelen slår ut ulikt.

¹³⁴ EØS-rett (2004) s. 457

Forskriften fører også til at det blir mindre attraktivt for virksomheter fra land med lavt lønnsnivå å utføre tjenester for norske offentlige organer.

På denne bakgrunn er det sannsynlig at forskriften er et for stort inngrep i den frie bevegelsen for tjenester, ved at resultatet ikke står i forhold til inngrepet.

6.4.4 Ivaretas hensynet av regler i hjemstaten?

For denne delen av problemstillingen må vurderingen gjøres konkret for hver enkelt tjenestekontrakt med sine parter. Hensynet som skal vurderes ivaretatt er beskyttelse av arbeidstakere. Dette hensynet vil i denne sammenheng favne ganske vidt. Snakker man for eksempel mer konkret om sosial dumping, vil vurderingen avhenge av hva man skal vurdere hensynet opp mot. Det kan være vanskelig å vurdere om en regel om minstelønn i et land vil kunne utgjøre sosial dumping i et annet, med bakgrunn i at lønnsnivået i statene kan være ulikt.

Man må ta stilling til om det foreligger regler om minstelønn i tjenesteyters etableringsstat, da for innenlandske arbeidstakere som utfører tjenester i hjemstaten. Videre kan det være nødvendig med en vurdering av hvor nært dette minimumsnivået er i forhold til det norske lønnsnivået. Er lønnsnivået for arbeidstakere som utfører innenlandske tjenester i nærheten av det norske, vil man kunne vurdere det slik at hensynet til beskyttelse av arbeidstakeren er ivaretatt i hjemstaten. Er minimumslønnen i arbeidstakerens hjemstat vesentlig lavere enn i Norge vil man vanskelig kunne si at hensynet ivaretas av regler i etableringslandet.

Når EF-domstolen har vurdert dette temaet har det vært snakk om regler av en litt annen karakter, for eksempel regler som krever en eller annen form for tillatelse for å drive virksomhet i et land¹³⁵. Det har da vist seg vanskelig å opprettholde denne regelen dersom hjemstaten har tilfredsstillende og sammenliknbar sertifisering for samme virksomhet.

¹³⁵ Se for eksempel Case C-43/93 *Van der Elst*

På generell basis må kan kanskje kunne legge til grunn at det vil være sjelden man kan anta at hensynet til bekjempelse av sosial dumping ivaretas av regler i hjemstaten.

6.5 Oppsummering

Etter dette ser man at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kan utgjøre en restriksjon etter EØS art. 36, da forskriften påvirker adgangen til markedet. I tillegg kan forskriften gjøre det mindre attraktivt for utenlandske virksomheter å levere inn tjenestetilbud til offentlige organer i Norge. Etter vurderingen som er foretatt i kapittel 6.4 ser man også at forskriften vanskelig kan begrunnes i et allment hensyn, og at det er lite trolig at den kan bli unntatt fra EØS art. 36 etter læren om tvingende allmenne hensyn. Argumentene som trekker i retning av at forskriften ikke kan konstituere et ulovfestet unntak er blant andre at forskriften ikke gir samme beskyttelse for alle arbeidstakere da den kun gjelder der offentlige organer er oppdragsgivere. Videre kunne man muligens oppnådd den samme virkning med bedre utnyttelse av allmenngjøringsloven. Det er også klart at forskriften berører grunnleggende regler for fri bevegelse i EØS-retten, og at reglene om lønnsvilkår ikke slår ut likt for alle impliserte parter. På denne bakgrunn trekker jeg i retning av å mene at forskriften utgjøre en restriksjon som ikke kan unntas etter læren om tvingende allmenne hensyn.

7 Problemstillinger i forholdet til direktiv 96/71

7.1 Minimumslønn

EU-direktiv 96/71 er i norsk rett gjennomført ved forskrift om utsending av arbeidstakere. Direktivet krever gjennomføring av en fremgangsmåte for å gjøre ”collective agreements universally applicable”. På tidspunktet for Norges gjennomføring forelå allerede lov om allmenngjøring av tariffavtaler, som tilsynelatende oppfylte direktivets krav. Løsningen ble derfor at forskrift om utsending av arbeidstakere viser til allmenngjøringsloven, og slår fast at dersom allmenngjort tariffavtale foreligger skal denne gjelde for arbeidsforholdet¹³⁶. I forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er ordlyden ”gjeldende landsomfattende tariffavtale”. Departementet anfører at dersom det foreligger allmenngjort tariffavtale for en bransje, vil denne legges til grunn når det vurderes hva som er normalt lønnsnivå¹³⁷. På denne måten er allmenngjøringsloven relevant for vurderinger etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Den første problemstillingen i dette kapittelet knytter seg til at ordlyden i § 5 i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ikke oppfyller kravet i EU-direktivets art. 3. Som redegjort for i kapittel 2.5 har en stat etter denne bestemmelsen ulike alternativer for hvordan lønns- og arbeidsvilkår kan gjennomføres. Et alternativ er å fastsette slike vilkår i ”law, regulation or administrative provision”. I *Rüffert-saken*¹³⁸ kom EF-domstolen frem til at det tyske regelverket som var under vurdering, ikke kunne anses for å oppfylle kravet i direktivet 96/71 art. 3¹³⁹. EF-domstolen anførte at det ikke var bestemmelser i det aktuelle

¹³⁶ Forskriftens § 2 annet ledd

¹³⁷ Fornyings- og administrasjonsdepartementets ”faktaark” om forskriften, tilgjengelig på deres nettsider

¹³⁸ Case C-346/06

¹³⁹ Premiss 24

regelverket som konkret fastsatte minimumslønn, og at det tyske regelverket derfor ikke var i samsvar med direktiv 96/71.

ESA anfører på det samme grunnlaget at § 5 i den norske forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ikke er i samsvar med direktivet¹⁴⁰. Et særlig spørsmål er hvorfor denne forskriften må være i samsvar med direktivet når det er andre regelverk som søker å gjennomføre EU-direktivet. Der medfører riktighet at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ikke gjennomfører direktivet, men det er klart at når bestemmelsene rammer utsendte arbeidstakere i Norge vil ikke forskriften være unntatt direktivets krav. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår skiller ikke mellom innenlandske og utenlandske (utsendte) arbeidstakere, og vil i så måte omfatte begge grupper.

Etter direktivets bestemmelser kan man altså gi bestemmelser om minstelønn i forskrift, men direktivets regel tolkes dit hen at bestemmelsen selv må angi konkret hva som er minimumskravet. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 angir ikke i seg selv hva som vil regnes for å være minstelønn, idet bestemmelsen henviser til landsomfattende tariffavtaler eller ”det som ellers er normalt”. På denne bakgrunn er heller ikke den norske bestemmelsen i samsvar med direktiv 96/71 art. 3 (1) da forskriften ikke kan regnes for å være en ”forskrift” i betydningen av ordet i direktivets bestemmelse.

7.2 Vilkåret ”gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke ”

Det må vurderes om denne henvisningen kan oppfylle kravet i direktivets art. 3 (8). På samme måte som i kapittel 7.1 må det vurderes om henvisningen til ”gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke” er nok til å oppfylle direktivets krav om at lønns- og arbeidsvilkår må fastsettes i ”collective agreements (...) which has been made universally applicable”. Ordlyden er hentet fra direktivets art. 3 (1) som er nærmere definert i art. 3 (8) første og andre ledd. I

¹⁴⁰ ESAs Formal Notice, datert 15. Oktober 2009 s. 7

første ledd defineres det slik: ”(...) which must be observed by all undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned”.

I *Rüffert*-saken¹⁴¹ vurderte EF-domstolen spørsmålet i forhold til det tyske regelverket. Løsningen ble den samme som for spørsmålet om minimumslønn. Fordi bestemmelsen i seg selv ikke henviser til én konkret allmenngjort tariffavtale, oppfyller ikke bestemmelsen direktivets krav. § 5 i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår henviser heller ikke til noen konkret bestemmelse, og vil da heller ikke oppfylle direktivets krav.

Videre vurderes alternativet ”det som ellers er normalt (...)”. I direktivets art. 3 (8) er et alternativ å ta i betraktning tariffavtaler som ikke allmenngjorte, men som benyttes for liknende virksomheter i samme bransje og i det samme geografiske området.

Departementet har anført at der det foreligger én eller flere aktuelle tariffavtaler vil disse kunne være relevante som sammenlikningsgrunnlag når det vurderes hva som ”ellers er normalt”¹⁴². På dette punkt dekker departementets vurdering direktivets krav i art. 3 (8). Imidlertid gjøres det i direktivet klart at dette alternativet kun skal være tilgjengelig for de stater der det ikke er noe system for allmenngjøring av tariffavtaler. I Norge har man et system for allmenngjøring, og man kan da ikke benytte seg av dette alternativet.

7.3 Oppsummering

Etter dette ser man at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ikke oppfyller kravene i direktiv 96/71. Det er ovenfor redegjort for direktivets relevans selv om forskriften ikke søker å gjennomføre direktivet. Når forskriften berører direktivets virkeområdet vil man være nødt til å sikre samsvar mellom direktivets krav og forskriftens regler. For at forskriften skal være i samsvar med direktivet må bestemmelsene i forskriften

¹⁴¹ Case C-346/06

¹⁴² Fornyings- og administrasjonsdepartementets ”faktaark” om forskriften, tilgjengelig på deres nettsider

vise til en konkret allmenngjort tariffavtale, eller konkret regulere minimumskrav til lønn og andre vilkår for arbeidsforholdet i lov.

8 ILO-konvensjon nr. 94 vs. EØS-rettslige forpliktelser

8.1 Generelt om ILO-konvensjoner som rettskilder

ILO (International Labour Organization) er en stor internasjonal interesseorganisasjon innen FN-sambandet der både myndigheter, arbeidsgivere og arbeidstakere er med på å skape en felles politikk, særlig på området for rettigheter innen arbeidslivet¹⁴³. ILO ble stiftet i 1919, kom under FN-sambandet i 1946, og teller pr. i dag 183 medlemsland¹⁴⁴. Den unike arbeidsmåten der representanter for både myndigheter, arbeidsgivere og arbeidstakere samarbeider sammenholdt med det høye antallet medlemsland, har ført til at organisasjonen er en av de mest suksessrike i FN-sambandet. ILOs mandat er å ”bedre arbeids- og levekår gjennom vedtak av internasjonale konvensjoner om for eksempel lønn, arbeidstid, ansettelsesvilkår og sosial sikkerhet”¹⁴⁵.

Selv om organisasjonen vedtar internasjonale konvensjoner, er det ikke slik at medlemslandene er bundet til å ratifisere disse. Ser man for eksempel på ratifiseringslisten for ILO-konvensjon nr. 94 ser man at det kun er 60 land som er tilsluttet konvensjonen¹⁴⁶, ut av de 183 medlemslandene.

Vurderer man disse faktorene mot hverandre er det ulike hensyn som taler mot hverandre. Det at ILO er en organisasjon i FN-sambandet vil i utgangspunktet vektlegges tungt når rettskildemessig verdi skal vurderes. Videre vil også antall medlemsland i ILO tillegges

¹⁴³ http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--en/index.htm

¹⁴⁴ <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>

¹⁴⁵ http://www.fn.no:8080/fn/ilo_informasjon/fakta_om_ilo/fns_vaktbikkje_i_arbeidslivet

¹⁴⁶ 61 dersom man regner med Storbritannia som valgte å trekke tilbake sin ratifikasjon i 1981, jfr.

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratific.pl?C094>

vekt. Når 183 av verdens 193¹⁴⁷ stater er medlemsstater, er det klart at enighet blant disse vil føre til at den rettskildemessige betydningen øker. Man må også vurdere antall stater som har ratifisert den enkelte konvensjon for å finne dens rettskildemessige vekt. 60 land har ratifisert ILO-konvensjon nr. 94. Dette er sammenliknet med antall medlemsstater en ikke altfor stor oppslutning. Likevel må det kunne tillegges ikke ubetydelig vekt at i overkant av 1/4 av verdens stater, representert ved både myndigheter, arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakerorganisasjoner, har kommet til enighet rundt disse prinsippene.

På bakgrunn av dette kan man slå fast at konvensjonens prinsipper for beskyttelse av arbeidstakere er hensyn som en ikke ubetydelig mengde stater ønsker å ivareta. Likevel har ikke konvensjonen noen selvstendig rettskildemessig betydning for de stater som ikke har ratifisert. For de tilsluttede stater vil konvensjonens ordlyd ha betydning for tolkningen av de regelverk som gjennomfører prinsippene.

8.2 Kollisjonstilfellet – motstrid mellom to ulike folkerettslige forpliktelser

Utgangspunktet for folkeretten er at stater kan inngå avtaler med hverandre som de er forpliktet til å oppfylle, på lik linje som for eksempel privatpersoner inngår avtaler med hverandre. Avtalene kan for eksempel være konvensjoner eller traktater. I Norge bygges det på det dualistiske prinsipp, som medfører at dersom de folkerettslige avtalene skal forplikte norske statsborgere, kreves reglene særskilt gjennomført. Med særskilt gjennomført menes at dersom avtalen krever lovendring av eksisterende lov eller opprettelse av ny lov, må dette gjennom normal lovbehandling i Stortinget. Skjer ikke dette vil Norge ikke ha oppfylt sine forpliktelser for den eller de statene man har valgt å inngå avtale med. Det forhold at en borger handler i strid med konvensjonens regler vil normalt ikke utløse rettsvirkninger for borgeren dersom staten ikke har gjennomført konvensjonens regler. I utgangspunktet har situasjonen kun den virkning at de folkerettslige forpliktelser

¹⁴⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_sovereign_states. Antallet kommer litt an på definisjonen av stat, men det er 193 stater i verden som er anerkjent som stat av minst en annet stat.

overfor et eller flere andre land ikke er overholdt, med de eventuelle sanksjoner som etter den internasjonale avtalen måtte foreligge. Medlemsstater har i tillegg blitt erstatningsansvarlige overfor borgere for tap de lider på grunn av manglende gjennomføring av relevant EØS-rett¹⁴⁸.

8.2.1 Foreligger motstrid?

Temaet for denne drøftelsen er den situasjon der to folkerettslige forpliktelser er gjennomført i norsk rett, og at det kan foreligge innbyrdes motstrid mellom disse. Mer konkret vurderes det om det foreligger motstrid mellom art. 2 i ILO-konvensjon nr. 94 og EØS art. 36 og utstasjoneringsdirektivet. I det følgende tas det kun stilling til ILO-konvensjon nr. 94 slik reglene blir tolket i dag.

Problemstillingen er svært lite berørt i juridisk teori. Imidlertid har Nielsen vurdert spørsmålet¹⁴⁹, men artikkelen omhandler i hovedsak forholdet i land som er EU-medlemmer. Dog må poengene hennes ha en viss overføringsverdi, da reglene i EØS art. 36 og utstasjoneringsdirektivet er de samme for EU-landene og EØS-statene.

Nielsen anfører at for de land som har en lovbestemt minstelønn eller et system for allmenngjøring av tariffavtaler vil ILO-konvensjon nr. 94 være vanskelig å forene med art 49 EF og utstasjoneringsdirektivet¹⁵⁰, slik EF-domstolen tolker art. 49 EF og utstasjoneringsdirektivet i *Rüffert*-saken¹⁵¹.

¹⁴⁸ For spørsmålet om EØS-rettens direkte virkning se *EØS-rett* (2004) s. 195 følgende. Se også *Sveinbjördsdottir*-saken (REC 1998 s. 95) og *Finnanger*-dommene (Rt. 2000 s. 1811 og Rt. 2005 s. 1365).

¹⁴⁹ Nielsen (2008) s. 75 flg.

¹⁵⁰ Art. 49 EF tilsvarende EØS art. 36. Utstasjoneringsdirektivet gjelder for både EU- og EØS-stater

¹⁵¹ EF-domstolen vurderer ikke forholdet til ILO-konvensjonen i saken, fordi Tyskland ikke har ratifisert. Likevel er prinsippene i det tyske regelverket som er oppe til vurdering i tråd med prinsippene i konvensjonen.

Det er redegjort for i kapittel 7.2 hvorfor vilkåret i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 ikke samsvarer med direktiv 96/71 art. 3. Vilkåret i den norske forskriften er ”det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”, og i ILO-konvensjon nr. 94 art. 2 andre ledd er formuleringen ”det alminnelige nivå som andre arbeidsgivere i vedkommende fag eller næringsgrein opprettholder”. Man ser her at begge bestemmelser legger opp til en viss skjønnsmessig drøftelse, i det må vurderes hva som er ”normalt” eller ”alminnelig”. I kapittel 7.2 redegjøres det for at det er den skjønnsmessige vurderingen i forskriften som ikke er i samsvar med direktiv 96/71 art. 3. Dermed vil det også foreligge motstrid mellom bestemmelsen i utstasjoneringdirektivet og i ILO-konvensjon nr. 94 art. 2.

8.2.2 Hvordan løse motstridsspørsmålet?

For det første er det viktig å poengtere at anvendelsesområdet til ILO-konvensjon nr. 94 (og dermed den norske forskriften) og utstasjoneringdirektivet (tolket i lys av EØS art. 36) ikke er identiske. Nielsen påpeker at det vil være en rekke anbudssaker som faller innenfor anvendelsesområdet til ILO-konvensjonen, der det ikke finnes utstasjonering innenfor EØS¹⁵². For eksempel vil alle offentlige anskaffelseskontrakter der nasjonale virksomheter er oppdragsytere falle inn under bestemmelsene i konvensjonen, og dermed forskrift om lønns- og arbeidsvilkår. Videre vil også kontrakter som settes ut til virksomheter i andre land enn EU være innenfor konvensjonens virkeområde. Når ytelsen ikke berører et annet medlemsland finner ikke utstasjonering sted, man er utenfor EØS-rettens virkeområde og det er ikke lenger to regelverk som står i motsetning til hverandre. På denne måten vil ILO-konvensjon nr. 94 ha et stort anvendelsesområde der motstridsspørsmål i forhold til direktiv 96/71 og EØS art. 36 ikke vil være av betydning. Likevel vil det altså oppstå motstridsspørsmål i de tilfeller der det skjer utstasjonering innen EØS.

¹⁵² Nielsen (2008) s. 76

Et viktig spørsmål ved inngåelsen av EØS-avtalen var hvilken status avtalens regler skulle ha ved motstrid mellom to nasjonale regler, der den ene var forankret i EØS-retten¹⁵³.

Protokoll nr. 35 til avtalens hoveddel løser spørsmålet ved å slå fast at ”i tilfellet av mulig konflikt mellom gjennomførte EØS-regler og andre lovregler forplikter EFTA-statene seg til om nødvendig å innføre en lovregel om at EØS-reglene skal gå foran i disse tilfellene”. Imidlertid er også denne protokollen av folkerettslig art, og krever på lik linje som annen folkerett nasjonal gjennomføring. EØS-loven¹⁵⁴ gjennomfører EØS-avtalen i norsk rett, og dermed også EØS-avtalens protokoller.

Lovens § 2 gjennomfører protokoll nr. 35 og lyder som følger:

”Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov”

Bestemmelsens første setning kan like gjerne sees på som et tilfelle av *lex posterior*, der eldre bestemmelser blir satt til side av nye bestemmelser om samme forhold. Videre kan bestemmelsen også sees på som et slags utslag av presumpsjonsprinsippet, idet bestemmelser skal forsøkes tolket i samsvar med EØS-retten. Endelig vil bestemmelser i lov som tjener å oppfylle Norges forpliktelser gå foran andre bestemmelser i forskrift, jfr. ordlyden ”bestemmelser”. Dette kunne like gjerne vært utledet av tolkningsprinsippet *lex superior*. Alternativet i andre setning i § 2 der forskrift er i konflikt med annen forskrift, vil også være relativt uproblematisk og dekkes av tilfellet *lex posterior*.¹⁵⁵

Imidlertid er det siste alternativet mer problematisk, idet det kreves forrang for bestemmelser i lov som tjener å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen – også ovenfor en

¹⁵³ Se *EØS-rett* (2004) s. 187

¹⁵⁴ Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

¹⁵⁵ *EØS-rett* (2004) s. 244

senere lov. Etter bestemmelsens ordlyd kan det se ut som om Stortinget er avskåret fra å vedta nye regler som strider mot EØS-forpliktelsene. Det er likevel et viktig prinsipielt poeng at EØS-l. § 2 kun er en vanlig lovbestemmelse og kan fravikes ved annen lov. Det kan derfor vedtas EØS-stridige lovbestemmelser i Stortinget som domstolene vil være forpliktete til å følge¹⁵⁶. Dog vil dette utgjøre brudd på de folkerettslige forpliktelser Norge har etter EØS-loven, og Norge vil kunne dømmes for traktatbrudd. Skulle bestemmelsen gitt regler som er utslag av EØS-forpliktelser forrang, måtte bestemmelsen være gitt i Grunnloven.

8.2.2.1 Nasjonalt

Etter dette ser man at vi står ovenfor situasjonen der en forskrift som er gjennomført på bakgrunn av EØS-forpliktelser (utsendingsforskriften) står i motstrid med en nyere forskrift som ikke har bakgrunn i EØS-rett (forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter). Tolker man situasjonen etter *lex posterior*-prinsippet står man igjen med å sette EØS-forpliktelsen til side da denne er eldst. Dette vil ikke være i tråd med EØS-l. § 2. I juridisk teori er rekkevidden av EØS-l. § 2 vurdert¹⁵⁷. Her fremgår det at regelen i stor grad må sees på som en lovvalgsregel eller et tolkningsprinsipp. Som tolkningsprinsipp vil regelen ha den rekkevidde at fravikelse fra EØS-reglene krever eksplisitt unntak fra EØS-l. § 2, og at nye bestemmelser som strider mot EØS-avtalen må sees på som en utilsiktet feil fra lovgiver. I forarbeidene¹⁵⁸ til lovhomehlen til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er forholdet til EØS-retten. Det fremgår at departementet er usikker på forholdet til EØS-retten, selv om de konkluderer med at reglene vil være i samsvar med EØS-retten. På side 7 uttaler departementet at det ”ser at det ikkje er rettsleg avklart om ei gjennomføring er i tråd med Noregs forpliktingar etter EØS-avtalen”. Likevel kommer departementet frem til at muligheten til å hindre utnyttelse av arbeidstakere ikke blir

¹⁵⁶ *EØS-rett* (2004) s. 245

¹⁵⁷ *EØS-rett* (2004) s. 245

¹⁵⁸ Ot. prp. nr. 7 (2007-2008)

”avgrensa av EF-rettens reglar om høvet til å yte tenester på tvers av landegrensene”¹⁵⁹. Det er altså ikke her gjort et eksplisitt unntak, og står da igjen med å se på forskriften som ”en utilsiktet feil”.

Ser man på EØS-l. § 2 som en lovvalgsregel betyr det at man ved motstrid skal velge den bestemmelsen som tjener til å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen, med mindre det er klart at lovgiver har ment å sette EØS-avtalen til side. Dermed vil heller ikke regelen i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter her stå seg. Etter dette blir man nødt til å sette forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter til side.

Man kan også vurdere saken slik at EU-direktiv 96/71 er en presisering av EØS art. 36, og at det er i forhold til EØS art. 36 motstridsspørsmålet ligger. I oppgavens kapittel 6 er forholdet til EØS art. 36 vurdert, og det konkluderes med at det etter alt å dømme foreligger motstrid mellom denne bestemmelsen og § 5 forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. I så måte vil spørsmålet løses ved hjelp av lex superior-prinsipper, der bestemmelse i lov går foran bestemmelse i forskrift.

8.2.2.2 Folkerettslig

Dersom Norge ønsker å løse det folkerettslige motstridsspørsmålet jeg etter dette mener foreligger, er Norge etter EØS-avtalen folkerettslig bundet til å fratre forpliktelsene etter ILO-konvensjon nr. 94. Dette ut fra den alminnelige lojalitetsplikten EØS-stater har etter EØS art. 3. Etter bestemmelsen er avtalepartene (EØS-statene) forpliktet til å treffe alle generelle eller særlig tiltak som er egnet til å oppfylle forpliktelsene etter avtalen, og avholde seg fra tiltak som setter avtalens målsetting i fare. En mulighet vil kunne være å ta forbehold om at konvensjonens (og dermed forskriftens regler) ikke gjelder i de kontrakter det foreligger utstasjonering innen EØS, men dette vil trolig ikke være i samsvar med ILO-konvensjonens regler. Dette alternativet vil ikke bidra til å fremme konvensjonens, og forskriftens, hovedmål; nemlig å bekjempe sosial dumping, særlig for utenlandske

¹⁵⁹ Ot. prp. nr. 7 (2007 - 2008) s. 7

arbeidstakere. Det vil også føre til en mindre oversiktlig situasjon, der det kan være vanskelig å se forskjellen på de to regelverkene og på deres virkeområder.

Den mest korrekte løsningen på motstridsspørsmålet for Norge vil nok imidlertid være å fratre konvensjonen helt. Et alternativ vil etter dette være å benytte reglene i EU-direktiv 96/71 i kampen mot sosial dumping – også for de kontrakter der det ikke vil foreligge utstasjonering innen EØS. Da unngår man motstridsspørsmålet, men man har likevel opprettholdt regler for bekjempelse av sosial dumping i stor grad.

Som ILO-medlem kan Norge potensielt starte arbeidet med å få i stand en ILO-konvensjon som vil være i samsvar med EØS-retten, og dermed EU-retten. Dette vil spare både EØS-land og EU-medlemmer for mye hodebry, samtidig som ILO som organisasjon vil oppleve større tyngde bak sine konvensjoner da avventende EU- og EØS-land kan ratifisere uten bekymring for motstrid. Motstridsspørsmålet er som kjent ikke direkte vurdert av EF-domstolen, men etter *Rüffert*-saken kan man nok forvente at liknende saker vil komme opp – der staten har ratifisert ILO-konvensjon nr. 94. Det tyder på at resultatet vil være det samme som etter *Rüffert*-saken, og at EF-domstolen kommer til at det foreligger motstrid.

9 Oppsummering

Oppgaven har to hovedproblemstillinger, hvorav den ene er om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er i samsvar med EØS-retten. I kapittel 6 har jeg vist at det er trolig at forskriften kan utgjøre en restriksjon etter EØS art. 36, som ikke kan unntas etter læren om tvingende allmenne hensyn. Det er også vist at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter fører til at Norge ikke oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Forskriften gjennomfører ikke direktiv 96/71 korrekt, og forskriften berører direktivets virkeområde. Dette fører til at forskriften må være i samsvar med regelverket i direktivet for at Norge skal oppfylle sine EØS-rettslige forpliktelser.

Videre er kollisjonstilfellet der to folkerettslige forpliktelser står i motsetning til hverandre vurdert. Oppgaven har i kapittel 7 vurdert EØS-l. § 2 og vist at det er trolig at bestemmelsen fører til at Norge må oppgi sine forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 94, dersom reglene i direktiv 96/71 skal tolkes slik de er gjort i *Rüffert*-saken.

10 Litteraturliste

Juridisk litteratur

Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London, 2005.

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.

Tidsskriftartikler

Evju, Stein. *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv* I *Arbeidsrett*. Årg. 5 (2008), s. 1-20.

Nielsen, Ruth. *Udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser – Viking-, Laval- og Rüffert-sagerne* I *Arbeidsrett*. Årg. 5 (2008), s. 61-78.

Weltzien, Kurt. *Allmenngjøring av allmenngjøringsvedtak uten at vilkårene for allmenngjøring er oppfylt* I *Arbeidsrett*. Årg. 5 (2008), s. 53-60.

Weltzien, Kurt. *Når alle skal følge det "normale"- og ingen vet hva som er normalt* I *Arbeidsrett*. Årg. 6 (2009), s. 46-49.

Avisartikler

Graver, Hans Petter. *Når rettigheter kolliderer*. I: *Klassekampen*. 2. juli 2008.

Seierstad, Dag. *Kampen om ILO 94*. I: *Klassekampen*. 24. Oktober 2009.

Lover, forskrifter, rundskriv, direktiver og konvensjoner

1927 Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven) av 27. November 1992 nr. 109

1993 Lov om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven) av 4.juni 1993 nr.58

1999 Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.

2005 Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv

- 2005 Forskrift om utsendte arbeidstakere av 16. desember 2005 nr. 1566.
2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april nr. 402.
2008 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. Februar nr. 112.

2005 Moderniseringsdepartementets rundskriv nr. 2/2005 av 16. juni 2005

96/71 EC Directive 96/71 EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services

2004/18 EC Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public contracts, public supply contracts and public service contracts

ILO nr. 94 Konvensjon nr. 94: Arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter, Genève 1949

Norsk rettspraksis

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2005 s. 1365

Annen internasjonal rettspraksis

REC 1998 s. 95 *Sveinbjördsdottir*

Rettspraksis fra EF-domstolen

Case C-108/89 Kommisjonen v. Italia

Case C-288/89 Gouda

Case C-76/90 Manfred Säger v. Denneweyer & Co. Ltd.

Case C-43/93 Van der Elst

Case C-272/94 Guiot

Case C-158/96 Kohll
Case C-369/96 Arblade
Case C-410/96 Ambry
Case C-124-97 Läära
Case C-49/98 Finalarte
Case C-70/98 Portugaia Construcoes
Case C-165/98 Mazzoleni
Case C-17/00 De Coster
Case C-60/03 Wolff & Müller
Case C-341/05 Laval (Vaxholm)
Case C-346/06 Rüffert

Forarbeider

Ot. prp. nr. 26 (1992/1993) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Ot.prp.nr 7 (2007-2008) Om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

PRE-2008-02-08-112 Statsrådsforedrag. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Kongeleg Resolusjon. Statsråd Heidi Grande Røys

Nettdokumenter

Fornyings- og administrasjonsdepartementet Veileder: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, Oslo 2006

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=437022 [sitert 15.02.10)

Fornyings- og administrasjonsdepartementet Faktaark: *Fakta om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter*, Oslo 2008

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2008/forskrift-mot-sosial-dumping.html?id=499506> [sitert 15.02.10)

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratific.pl?C094> [sitert 01.02.2010]

<http://www.lo.no/u/Om-LO/?tabid=131> [sitert 25.04.2010]

http://www.nho.no/kort_om_nho/ [sitert 25.03.2010]

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/tariffnemnda/vedtak.html?id=540957>
[sitert 25.03.2010]

http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--en/index.htm [sitert 25.04.2010]

<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm> [sitert 25.04.2010]

http://www.fn.no:8080/fn/ilo_informasjon/fakta_om_ilo/fns_vaktbikkje_i_arbeidslivet
[sitert 25.04.2010]

http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_sovereign_states [sitert 25.04.2010]

Korrespondanse

EFTA Surveillance Authority, *Letter of formal notice to Norway for failure to ensure compliance with Article 36 EEA and Directive 96/71 EC*. Brussels, 15 July 2009

Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Response from the Norwegian Government to the EFTA Surveillance Authority's letter of formal notice – Regulation No. 112/2008 (Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter)*. Oslo, 15 October 2009

